2

DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. *El «Estado de derecho»*

El siglo XIX es el siglo del «Estado de derecho» o, según la expresión alemana, del *Rechtsstaat*[1]. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o «Estado bajo el régimen de derecho», se distingue del *Machtstaat*, o «Estado bajo el régimen de fuerza», es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del *Polizeistaat*, el «Estado bajo el régimen de policía», es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII. Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Éstas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las etapas históricas del Estado moderno.

La expresión «Estado de derecho» es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma[2]. El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del *Machtstaat* y del *Polizeistaat*: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.

Semejante concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad[3]. El propio Estado constitucional, que es la forma de Estado típica de nuestro siglo, es presentado

Scanned with CamScanner

con frecuencia como una versión particular del Estado de derecho. Esta visión no resulta necesariamente forzada, si consideramos la elasticidad intrínseca del concepto, aunque para una mejor comprensión del mismo es aconsejable no dejarse seducir por la continuidad histórica e intentar, por el contrario, poner en claro las diferencias.

No cabe duda que el Estado de derecho ha representado históricamente uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales, aunque no es en absoluto evidente que sea incompatible con otras orientaciones político-constitucionales. Antes al contrario, en su origen, la fórmula fue acuñada para expresar el «Estado de razón» (*Staat der Vernunft*)[4], o «Estado gobernado según la voluntad general de razón y orientado sólo a la consecución del mayor bien general»[5], idea perfectamente acorde con el Despotismo ilustrado. Luego, en otro contexto, pudo darse de él una definición exclusivamente formal, vinculada a la autoridad estatal como tal y completamente indiferente a los contenidos y fines de la acción del Estado. Cuando, según la célebre definición de un jurista de la tradición autoritaria del derecho público alemán[6], se establecía como fundamento del Estado de derecho la exigencia de que el propio Estado «fije y determine exactamente los cauces y límites de su actividad, así como la esfera de libertad de los ciudadanos, conforme a derecho (*in der Weise des Rechts*)» y se precisaba que eso no suponía en absoluto que el Estado renunciase a su poder o que se redujese «a mero ordenamiento jurídico sin fines administrativos propios o a simple defensa de los derechos de los individuos», aún no se estaba necesariamente en contra del Estado de policía, aunque se trasladaba el acento desde la acción libre del Soberano a la predeterminación legislativa.

Dada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entreguerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como «Estados de derecho»[7]. Un sector de la ciencia constitucional de aquel tiempo tenía interés en presentarse bajo un aspecto «legal», enlazando así con la tradición decimonónica. Para los regímenes totalitarios se trataba de cualificarse no como una fractura, sino como la culminación en la legalidad de las premisas del Estado decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitarios eran la «restauración» —tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización— del Estado de derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social[8].

Con un concepto tal de Estado de derecho, carente de contenidos, se producía, sin embargo, un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era, en cambio, fundamental, esto es, las funciones y los fines del Estado y la naturaleza de la ley. El calificativo

de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final, todos los «Estados», por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente «de derecho»[9]. Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de un Führer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Al final, se podía incluso llegar a invertir el uso de la noción de Estado de derecho, apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario. Se llegó a propiciar que esta vinculación se considerase, en adelante, como el trofeo de la victoria histórico-espiritual del totalitarismo sobre el individualismo burgués y sobre la deformación del concepto de derecho que éste habría comportado[10].

Pero el Estado *liberal* de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era «la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad»[11]. La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos.

En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer[12], la idea de *Rechtsstaat*, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: *a*) la supremacía de la ley sobre la Administración; *b*) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; *c*) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Con estas formulaciones, la tradicional concepción de la organización estatal, apoyada sólo sobre el principio de autoridad, comienza a experimentar un cambio. El sentido general del Estado *liberal* de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. Éste

Scanned with CamScanner

es el núcleo central de una importante concepción del derecho preñada de consecuencias.

2. *El principio de legalidad*. Excursus *sobre el* rule of law

Se habrá notado que los aspectos del Estado liberal de derecho indicados remiten todos a la primacía de la ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos. El Estado liberal de derecho era un *Estado legislativo* que se afirmaba a sí mismo a través del *principio de legalidad*.

El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior «razón de Estado», ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).

La primacía de la ley señalaba así la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.

Pero ¿qué debemos entender en realidad por ley? Para obtener una respuesta podemos confrontar el principio de legalidad continental con el *rule of law* inglés.

En todas las manifestaciones del Estado de derecho, la ley se configuraba como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que ésta se hubiese determinado históricamente y del órgano, o conjunto de órganos, en que se hubiese realizado. La eminente «fuerza» de la ley (*force de la loi* - *Herrschaft des Gesetzes*) se vinculaba así a un poder legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general.

En la Francia de la Revolución, la soberanía de la ley se apoyaba en la doctrina de la soberanía de la nación, que estaba «representada» por la Asamblea legislativa. En Alemania, en una situación constitucional que no había conocido la victoria niveladora de la idea francesa de nación, se trataba, en cambio, de la concepción del Estado soberano, personificado primero en el *Monarchisches Prinzip* y después en el *Kaiserprinzip*, sostenido y limitado por la representación de las clases. Las cosas no eran diferentes en el constitucionalismo de la Restauración —del que el Estatuto albertino era una manifestación—, basado sobre el dualismo, jurídicamente no resuelto, entre principio monárquico y principio representativo. La «soberanía indecisa»[13] que caracterizaba estas formas de Estado sólo podía sobrevivir mediante compromisos y la ley se erigía en la fuente del derecho por excelencia al ser la expresión del acuerdo necesario entre los dos

máximos «principios» de la Constitución, la cámara de los representantes y el rey.

En la soberanía legislativa estaba ínsita la fuerza normativa absoluta, pero también el deber de asumir por entero el peso de todas las exigencias de regulación. Máximo poder, pero máxima responsabilidad[14]. En este sentido, el principio de legalidad no era más que la culminación de la tradición absolutista del Estado y de las concepciones del derecho natural racional «objetivo» que habían sido su trasfondo y justificación[15]. El hecho de que el rey fuese ahora sustituido o apoyado por asambleas parlamentarias cambiaba las cosas en muchos aspectos, pero no en la consideración de la ley como elemento de sostén o fuerza motriz exclusiva de la gran máquina del Estado[16]. El buen funcionamiento de la segunda coincidía con la fuerza incondicionada de la primera.

En este fundamental aspecto de la concepción de la ley, el principio de legalidad en Francia, Alemania y, en general, en Europa continental se distanciaba claramente del paralelo, pero muy distinto, principio inglés del *rule of law* (también éste un concepto —conviene advertir— no menos «abierto» que el de Estado de derecho[17]). Distinto porque se desarrolló a partir de otra historia constitucional, pero orientado a la defensa de similares ideales políticos[18].

Rule of law and not of men no sólo evocaba en general el *topos* aristotélico del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, sino también la lucha histórico-concreta que el Parlamento inglés había sostenido y ganado contra el absolutismo regio. En la tradición europea continental, la impugnación del absolutismo significó la pretensión de sustituir al rey por otro poder absoluto, la Asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del rey los «privilegios y libertades» tradicionales de los ingleses, representados y defendidos por el Parlamento. No hay modo más categórico de indicar la diferencia que éste: el absolutismo regio fue derrotado, en un caso, como poder regio; en otro, como poder absoluto[19]. Por eso, sólo en el primer caso se abrió la vía a lo que será el absolutismo parlamentario por medio de la ley; en el segundo, la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el «common law», nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones[20].

La historia inglesa, cien años antes que la continental, había hecho del Parlamento el órgano tutelar de los derechos contra el absolutismo regio, mientras que los Parlamentos continentales postrevolucionarios seguían más bien la vía de concentrar en sí mismos la suma potestad política bajo forma legislativa. La originaria concepción inglesa de la ley como «producto de justicia», más que voluntad política soberana, puede sorprender a quien tiene las ideas modeladas sobre la tradición constitucional de la Europa continental, pero a la luz de los avatares históricos del constitucionalismo inglés no tiene nada de incomprensible[21].

Scanned with CamScanner

La naturaleza de órgano de garantía de las libertades inglesas armonizaba perfectamente, por lo demás, con una concepción de la actividad parlamentaria más «jurisdiccional» que «política», en el sentido continental[22]. Como es sabido, el Parlamento inglés tiene su origen en los consejos que el rey consultaba para mejorar el derecho existente, que tenían —desde el punto de vista actual— carácter incierto. La consulta, con frecuencia, venía determinada por los malos resultados del *common law* en los casos concretos. Según las categorías actuales, podría hablarse de una función entre la normación y el juicio. El Parlamento podía considerarse, al estilo medieval, un Tribunal de justicia[23]. El procedimiento parlamentario no se encontraba en las antípodas del modelo judicial: en ambos casos regía la exigencia del *due process*, que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones de poder hacer valer las propias razones (*audiatur et altera pars*) en procedimientos imparciales. Por su parte, la función legislativa se concebía como perfeccionamiento, al margen de intereses de parte, del derecho existente.

Por lo dicho, al menos en el origen del Parlamento inglés de la época moderna no se producía un salto claro entre la producción del derecho mediante la actividad de los tribunales y la producción «legislativa». *Circumstances, conveniency, expediency, probability* se han señalado como criterios esenciales de esta «extracción» del derecho a partir de los casos[24]. Y en efecto, los progresos del derecho no dependían de una cada vez más refinada deducción a partir de grandes principios racionales e inmutables (la *scientia iuris*), sino de la inducción a partir de la experiencia empírica, ilustrada por los casos concretos (la *iuris prudentia*), mediante *challenge and answer, trial and error*.

En esto radica toda la diferencia entre el Estado de derecho continental y el *rule of law* británico. El *rule of law* —como se ha podido decir[25]— se orienta originariamente por la dialéctica del proceso judicial, aun cuando se desarrolle en el Parlamento; la idea del *Rechtsstaat*, en cambio, se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el *rule of law*, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. El *Rechtsstaat*, por cuanto concebido desde un punto de vista iusnaturalista, tiene en mente un derecho universal y atemporal. Para el *rule of law*, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el *Rechtsstaat*, por el contrario, el derecho tiene la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, *ex principiis derivationes*. Para el *rule of law*, el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del derecho que subyace al *Rechtsstaat* tiene su punto de partida en el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia da concreción y vida al *rule of law*. La tendencia a la justicia aleja al Estado de derecho de los casos.

Estas contraposiciones reflejan los modelos iniciales, pero han cambiado muchas cosas al hilo de una cierta convergencia entre los dos sistemas.

Desde el siglo pasado, el *rule of law* se ha transformado en la *sovereignity of Parliament*[26], lo que indudablemente ha aumentado el peso del derecho legislativo, aunque sin llegar a suplantar al *common law*, como testimonia el hecho de que en Gran Bretaña no existan códigos, en el sentido continental. Pues bien, aunque hoy en día ya no sea posible formular contraposiciones tan claras como las que se acaban de señalar, éstas sirven para esclarecer los caracteres originarios del Estado de derecho continental y mostrar la existencia de alternativas basadas en concepciones no absolutistas de la ley. Más adelante veremos cómo estas referencias pueden hablar un lenguaje que el Estado constitucional, en ciertos aspectos, ha actualizado.

3. *Libertad de los ciudadanos, vinculación de la Administración: el significado liberal del principio de legalidad*

El principio de legalidad se expresaba de manera distinta según se tratase de la posición que los ciudadanos asumían frente al mandato legislativo o de la posición que la Administración asumía frente a dicho mandato.

La sumisión de la Administración a la ley se afirmaba con carácter general, pero eran varias las formulaciones de esta sumisión y de significado no coincidente. No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, *predeterminada* por la ley o, simplemente, *delimitada* por ella[27]. En el primer caso, prevalente en el «monismo» parlamentario francés donde sólo la Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples «autoridades» derivadas[28], la ausencia de leyes —leyes que atribuyesen potestades a la Administración— significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en el segundo, extendido en Alemania[29] y en las constituciones «dualistas» de la Restauración, la ausencia de leyes —leyes que delimitasen las potestades de la Administración— comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines. La «ley previa», como garantía contra la arbitrariedad, era aquí tan sólo una recomendación válida «en la medida en que fuese posible»[30], no un principio inderogable.

Según la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad, el poder ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, que —como «por medio de un cuentagotas»[31]— le atribuía cada potestad singular. La capacidad de actuar del ejecutivo dependía de *leyes de autorización* y sólo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción, por el contrario, atribuía al ejecutivo la titularidad originaria de potestades para la protección de los intereses del Estado, circunscribiéndola solamente desde fuera por medio de *leyes limitadoras*.

En cualquier caso, sin embargo, se coincidía al menos en un punto, sin lo cual se habría contradicho irremediablemente la esencia del Estado liberal de derecho. Aun cuando se sostuviese la existencia de potestades autónomas del ejecutivo para la protección de los intereses unitarios del Estado,

Scanned with CamScanner

eso sólo podía valer en la medida en que no se produjeran contradicciones con las exigencias de protección de los derechos de los particulares, la libertad y la propiedad. Según una regla básica del Estado de derecho, las regulaciones referentes a este delicado aspecto de las relaciones entre Estado y sociedad eran objeto de una «reserva de ley» que excluía la acción independiente de la Administración. La tarea típica de la ley consistía, por consiguiente, en disciplinar los puntos de colisión entre intereses públicos e intereses particulares mediante la valoración respectiva del poder público y de los derechos particulares, de la autoridad y de la libertad[32].

Ahora bien, es característico del Estado liberal de derecho el modo en que se establecía la línea de separación entre Estado y ciudadanos. Según tal modelo, la posición de la Administración frente a la ley se diferenciaba esencialmente de la de los particulares.

La ley, de cara a la protección de los derechos de los particulares, no establecía lo que la Administración no podía hacer, sino, por el contrario, lo que podía. De este modo, los poderes de la Administración, en caso de colisión con los derechos de los particulares, no se concebían como expresión de autonomía, sino que se configuraban normalmente como ejecución de autorizaciones legislativas.

No habría podido decirse lo mismo de los particulares, para quienes regía justamente lo contrario: el principio de autonomía, mientras no se traspasara el límite de la ley. Aquí la ley no era una norma que debiera ser ejecutada, sino simplemente respetada como límite «externo» de la «autonomía contractual» o, como también se decía, del «señorío de la voluntad» individual. Era así diferente el sentido de la ley en cada caso: subordinación de la función administrativa, de cara a la protección del interés público preestablecido legislativamente; simple regulación y limitación de la autonomía individual, en defensa del interés individual.

Esta distinta posición frente a la ley, que diferenciaba a la Administración pública de los sujetos privados, era la consecuencia de asumir, junto al *principio de legalidad*, el *principio de libertad* como pilar del Estado de derecho decimonónico. La protección de la libertad exigía que las intervenciones de la autoridad se admitiesen sólo como excepción, es decir, sólo cuando viniesen previstas en la ley. Por eso, para los órganos del Estado, a los que no se les reconocía ninguna autonomía originaria, todo lo que no estaba permitido estaba prohibido; para los particulares, cuya autonomía, por el contrario, era reconocida como regla, todo lo que no estaba prohibido estaba permitido. La ausencia de leyes era un impedimento para la acción de los órganos del Estado que afectara a los derechos de los ciudadanos; suponía, en cambio, una implícita autorización para la acción de los particulares. Como acertadamente se ha dicho[33], libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio.

Estas afirmaciones no son más que un modo de expresar los principios fundamentales de toda Constitución auténticamente liberal, de todo Estado *liberal* de derecho: la libertad de los ciudadanos (en ausencia de leyes) como

regla, la autoridad del Estado (en presencia de leyes) como excepción[34]. Tales principios constituyen la inversión de los principios del «Estado de policía», fundado no sobre la libertad, sino sobre el «paternalismo» del Estado, donde, en general, la acción de los particulares se admitía sólo mediante autorización de la Administración, previa valoración de su adecuación al interés público[35]. En el Estado de policía, una sociedad de menores; en el Estado liberal, una sociedad de adultos.

4. *La ley como norma general y abstracta*

La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley[36].

El Estado de derecho es enemigo de los excesos, es decir, del uso «no regulado» del poder. La generalidad de la ley comporta una «normatividad media», esto es, hecha para todos, lo que naturalmente contiene una garantía contra un uso desbocado del propio poder legislativo[37].

La generalidad es además la premisa para la realización del importante principio de la separación de poderes. Si las leyes pudiesen dirigirse a los sujetos considerados individualmente sustituirían a los actos de la Administración y a las sentencias de los jueces. El legislador concentraría en sí todos los poderes del Estado. Si el derecho constitucional de la época liberal hubiese permitido este desenlace, toda la lucha del Estado de derecho contra el absolutismo del monarca habría tenido como resultado que la arbitrariedad del monarca fuese reemplazada por la arbitrariedad de una Asamblea, y dentro de ésa por la de quienes hubiesen constituido la mayoría política[38].

La generalidad de la ley era, en fin, garantía de la imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica. En todas las Cartas constitucionales liberales del siglo XIX está recogido el importante principio de la igualdad ante la ley como defensa frente a los «privilegios» (etimológicamente: *leges privatae*) típicos de la sociedad preliberal del Antiguo régimen. Desde el punto de vista del Estado de derecho, sólo podía llamarse ley a la norma intrínsecamente igual para todos, es decir, a la norma general.

Vinculada a la generalidad estaba la abstracción de las leyes, que puede definirse como «generalidad en el tiempo» y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formuladas mediante «supuestos de hecho abstractos»[39]. La abstracción respondía a una exigencia de la sociedad liberal tan esencial como la generalidad: se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y previsibilidad del derecho. La abstracción, en efecto, es enemiga de las leyes retroactivas, necesariamente «concretas», como también es enemiga de las leyes «a térmi-

Scanned with CamScanner

no», es decir, destinadas a agotarse en un tiempo breve, y, en fin, es enemiga de la modificación demasiado frecuente de unas leyes por otras.

5. *La homogeneidad del derecho legislativo en el Estado liberal: el ordenamiento jurídico como dato*

En el plano de la organización jurídica del Estado, el principio de legalidad traducía en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley.

Con respecto a la jurisdicción, se trataba de sancionar definitivamente la degradación de los cuerpos judiciales a aparatos de mera aplicación de un derecho no elaborado por ellos y la eliminación de cualquier función de contrapeso activo, del tipo de la desarrollada en el Antiguo régimen por los grandes cuerpos judiciales.

Por lo que se refiere al ejecutivo, poder en manos del Rey, la cuestión era más difícil no sólo política, sino también constitucionalmente, pues latía la exigencia de garantizar el llamado «privilegio de la Administración», de acuerdo con su naturaleza de actividad para la protección de los intereses públicos. Esta función eminente de la Administración, ligada aún a lo que quedaba de la soberanía regia, difícilmente podía conducir a la plena asimilación de su posición a la de cualquier otro sujeto del orden jurídico. Desde luego, la Administración estaba subordinada a la ley, pero, dadas las premisas constitucionales que derivaban de las raíces absolutistas de los ordenamientos continentales, difícilmente podía pensarse que aquélla, como regla general, se situara en una posición de paridad con otros sujetos no públicos y entrase en contacto con ellos mediante auténticas relaciones jurídicas.

Esta consideración explica las dificultades, los límites y, en todo caso, las peculiaridades que, pese a la afirmación generalizada del principio de legalidad, se presentaron durante todo el siglo XIX a propósito de la realización de dicho principio en relación con la Administración. Dificultades que alcanzaron su grado máximo cuando se trató de organizar de forma concreta la supremacía de la ley por medio de controles eficaces y externos a la propia Administración, como los judiciales[40].

Sin embargo, y pese a las dificultades que encontraron para afirmarse plenamente, las dos vertientes del principio de legalidad, en relación con los jueces y en relación con la Administración, aseguraban la coherencia de las manifestaciones de voluntad del Estado, en la medida en que todas venían uniformadas por el necesario respeto a la ley. No se planteaba, en cambio, porque aún no existía, la exigencia de asegurar también la coherencia del conjunto de las leyes entre sí.

Este punto es de importancia capital.

Cualquier ordenamiento jurídico, por el hecho de ser tal y no una mera suma de reglas, decisiones y medidas dispersas y ocasionales, debe expresar

una coherencia intrínseca; es decir, debe ser reconducible a principios y valores sustanciales unitarios. En caso contrario se ocasionaría una suerte de «guerra civil» en el derecho vigente, paso previo a la anarquía en la vida social.

En la época liberal la unidad sustancial de la Administración y de la jurisdicción constituía un problema que debía ser resuelto, y se resolvía como se acaba de decir, recurriendo al principio de legalidad. Respecto a la legislación, en cambio, no surgía un problema análogo de unidad y coherencia. Su sistematicidad podía considerarse un dato, un postulado que venía asegurado por la tendencial unidad y homogeneidad de las orientaciones de fondo de la fuerza política que se expresaba a través de la ley, sobre todo porque la evolución de los sistemas constitucionales había asegurado la hegemonía de los principios políticos y jurídicos de la burguesía liberal.

La expresión jurídica de esta hegemonía era la ley, a la que, en consecuencia, se le reconocía superioridad frente a todos los demás actos jurídicos y también frente a los documentos constitucionales de entonces. Las Cartas constitucionales dualistas de la Restauración venían degradadas, por lo general mediante avatares poco claros desde el punto de vista jurídico pero bastante explícitos desde el punto de vista político-social, a «constituciones flexibles», esto es, susceptibles de ser modificadas legislativamente. Como se pudo afirmar, aquellas constituciones —es decir, los compromisos entre monarquía y burguesía, aunque previstos como «perpetuos e irrevocables» y sin un procedimiento de revisión— debían considerarse para la burguesía (¡y sólo para ésta!) un punto de partida y no de llegada[41]. Permanecía, pues, un elemento de intangibilidad, pero éste sólo operaba en una dirección, contra el «retorno» a las concepciones absolutistas, sin que hubiera podido impedir que la ley de la burguesía «avanzase».

Así pues, las leyes, al ocupar la posición más alta, no tenían por encima ninguna regla jurídica que sirviese para establecer límites, para poner orden. Pero no había necesidad de ello. Jurídicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política «monista» o «monoclase», como era la sociedad liberal del siglo pasado, incorporaba en sí las reglas de su propio orden.

Naturalmente, las consideraciones precedentes no son más que una drástica esquematización y simplificación de acontecimientos bastante diferentes que se desarrollaron con características y ritmos desiguales en los distintos países de la Europa continental. No obstante, en general puede constatarse un movimiento unívoco de las fuerzas que animaban la legislación. Las fuerzas antagonistas, en lo esencial, aparecían neutralizadas y no encontraban expresión en la ley. El proletariado y sus movimientos políticos eran mante-

Scanned with CamScanner

nidos alejados del Estado mediante la limitación del derecho de voto. El catolicismo —única fuerza religiosa que habría podido plantear conflictos— cuando no venía integrado en el derecho común permanecía al margen del mismo, bien a consecuencia de una autoexclusión, como en Italia, bien debido a la política concordataria que le reconocía un espacio separado del resto del ordenamiento, de manera que así no comprometía la homogeneidad de la «legislación civil».

En este panorama, el monopolio político-legislativo de una clase social relativamente homogénea determinaba por sí mismo las condiciones de la unidad de la legislación. Su coherencia venía asegurada fundamentalmente por la coherencia de la fuerza política que la expresaba, sin necesidad de instrumentos constitucionales *ad hoc*. Dicha coherencia era un presupuesto que la ciencia jurídica podía considerar como *rasgo lógico* del ordenamiento[42], sólidamente construido sobre la base de algunos principios y valores esenciales y no discutidos en el seno de la clase política: los principios y valores del Estado nacional-liberal.

Estos principios del ordenamiento, es decir, su propia unidad, nacían, pues, de una unidad presupuesta que, al ser fundamental, tampoco tenía que ser expresada formalmente en textos jurídicos. Sobre la base de esta premisa, la ciencia del derecho podía mantener que las concretas disposiciones legislativas no eran más que partículas constitutivas de un edificio jurídico coherente y que, por tanto, el intérprete podía recabar de ellas, inductivamente o mediante una operación intelectiva, las estructuras que lo sustentaban, es decir, sus principios. Éste es el fundamento de la interpretación sistemática y de la analogía, dos métodos de interpretación que, en presencia de una laguna, es decir, de falta de una disposición expresa para resolver una controversia jurídica, permitían individualizar la norma precisa en coherencia con el «sistema». La sistematicidad acompañaba, por tanto, a la «plenitud» del derecho.

No podríamos comprender esta concepción en su significado pleno si pensáramos «en la ley» como «en las leyes» que conocemos hoy, numerosas, cambiantes, fragmentarias, contradictorias, ocasionales. La ley por excelencia era entonces el código, cuyo modelo histórico durante todo el siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico. En los códigos se encontraban reunidas y exaltadas todas las características de la ley. Resumámoslas: la voluntad positiva del legislador, capaz de imponerse indiferenciadamente en todo el territorio del Estado y que se enderezaba a la realización de un proyecto jurídico basado en la razón (la razón de la burguesía liberal, asumida como punto de partida); el carácter deductivo del desarrollo de las normas, *ex principiis derivationes*; la generalidad y la abstracción, la sistematicidad y la plenitud.

En verdad, el código es la obra que representa toda una época del derecho[43]. Parecidas características tenían también las otras grandes leyes que, en las materias administrativas, constituían la estructura de la organización de los Estados nacionales.

No es que los regímenes liberales no conocieran otro derecho aparte de éste. Sobre todo en relación con los grupos sociales marginados, las constituciones flexibles permitían intervenciones de excepción (estado de sitio, bandos militares, leyes excepcionales, etc.) para contener la protesta política y salvaguardar así la homogeneidad sustancial del régimen constitucional liberal. Pero tales intervenciones, consistentes en medidas *ad hoc*, irreconducibles a los principios, temporales y concretas —en contradicción, por tanto, con los caracteres esenciales de la ley, según los cánones jurídicos liberales— eran consideradas como algo ajeno al ordenamiento, como actos episódicos incapaces de contradecir la homogeneidad básica que lo inspiraba.

6. *Positivismo jurídico y Estado de derecho legislativo*

La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad y del concepto de ley del que hemos hablado era el «positivismo jurídico» como *ciencia de la legislación positiva*. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho —esto es, los derechos y la justicia— a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.

Una «ciencia del derecho» reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era, pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura[44].

Pero esta vocación de la ciencia del derecho es la que ha sido mantenida por el positivismo acrítico en el curso del siglo XIX —aun cuando existe distancia entre esta representación de la realidad y la realidad misma[45]— y todavía hoy suele estar presente, como un residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos (sobre todo los jueces). Pero es un residuo que sólo se explica por la fuerza de la tradición. El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental.

7. *El Estado constitucional*

Quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración.

Scanned with CamScanner

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del «Estado constitucional». La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. De por sí, esta innovación podría presentarse, y de hecho se ha presentado, como una simple continuación de los principios del Estado de derecho que lleva hasta sus últimas consecuencias el programa de la completa sujeción al derecho de todas las funciones ordinarias del Estado, incluida la legislativa (a excepción, por tanto, sólo de la función constituyente). Con ello, podría decirse, se realiza de la forma más completa posible[46] el principio del gobierno de las leyes, en lugar del gobierno de los hombres, principio frecuentemente considerado como una de las bases ideológicas que fundamentan el Estado de derecho[47]. Sin embargo, si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.

8. *La ley, la Administración y los ciudadanos*

En la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio[48]. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, en relación con los particulares y con la Administración.

La crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del Estado, de su función prevalentemente «garantizadora» —es decir, de su función de garantía concreta de las reglas jurídicas generales y abstractas mediante actos aplicativos individuales y concretos (prohibiciones, autorizaciones, habilitaciones, decisiones, etc.)— y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. La realización de estas tareas de gestión requiere la existencia de grandes aparatos organizativos que actúan necesariamente según su propia lógica, determinada por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento, intereses sindicales de los empleados (por no hablar de las reglas informales, pero no por ello inexistentes, impuestas por el patronazgo de los partidos políticos). Este conjunto de reglas es expresión de una lógica intrínseca a la organización y refractaria a una normativa externa. He aquí un importante factor de crisis del principio tradicional de legalidad[49].

Quienquiera que reflexione sobre su propia experiencia con las grandes organizaciones públicas dedicadas a la gestión de intereses públicos, como por ejemplo la sanidad o la enseñanza, seguro que podrá ofrecer muchos ejemplos de la fuerza ineluctable de la que podríamos llamar la concreta «legislatividad de la organización». Frente a ella, el principio de legalidad, es decir, la predeterminación legislativa de la actuación administrativa, está fatalmente destinado a retroceder.

Incluso la realización de tareas administrativas orientadas a la protección de derechos —piénsese de nuevo en el sector de la sanidad y la enseñanza— puede comportar a menudo restricciones que no están predeterminadas jurídicamente. Ello supone un vaciamiento de la función «liberal» de la ley, como regla que disciplina la colisión entre autoridad y libertad.

Se afirma así un principio de autonomía funcional de la Administración que, en el ámbito de leyes que simplemente indican tareas, establece situaciones de supremacía necesarias para el desempeño de las mismas, atribuyendo implícitamente, en cada caso, las potestades que se precisan para su realización[50]. En estos supuestos no podría hablarse, salvo a costa de un malentendido, de mera ejecución de la ley. En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público. Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos.

En estos casos, en efecto, es propio de la Administración, y no de la ley, «individualizar el área sobre la que debe desplegar sus efectos en el momento en que la aplica»[51]. Por tanto, corresponderá también a la Administración establecer la línea de separación entre su autoridad y la libertad de los sujetos. Esto es particularmente evidente (y necesario) en los ya numerosísimos casos en que se confieren a las administraciones funciones a mitad de camino entre la acción y la regulación: las funciones de planificación. Dichas funciones inciden normalmente en el ámbito de la actividad económica: precisamente un ámbito «privilegiado» de la tutela legislativa de los particulares, según la concepción de la legalidad característica del siglo XIX.

En segundo lugar, se produce también una pérdida de la posición originaria de los particulares frente a la ley en numerosos sectores del derecho que ya no se inspiran en la premisa liberal de la autonomía como regla y del límite legislativo como excepción.

No es sólo que la ley intervenga para orientar, esto es —como suele decirse— para enderezar la libertad individual a fines colectivos (como en el caso de la propiedad y la iniciativa económica), autorizando a la Administración a poner en marcha medidas «conformadoras» de la autonomía privada. Es que además, en determinados sectores particularmente relevantes por la connotación «social» del Estado contemporáneo, se niega el principio de la

Scanned with CamScanner

libertad general salvo disposición legislativa en contrario. En su lugar se establecen prohibiciones generales como presupuesto de normas o medidas particulares que eventualmente las remuevan en situaciones específicas y a menudo tras el pago de sumas en concepto de títulos diversos. Piénsese en las actividades relacionadas con la utilización de bienes escasos de interés colectivo, y por ello particularmente «preciosos» (el suelo, los bienes ambientales en general). La tendencia es a considerarlas prohibidas en general, salvo autorización cuando sean compatibles con el interés público, situación que deberá ser valorada por la Administración en cada caso, y mediante pago por el particular de sumas equivalentes a la incidencia sobre la colectividad de la utilización privada del bien.

Presumiblemente, en una lógica no muy distinta está también destinada a inspirarse —en los casos en que el derecho consiga establecer su primacía— la regulación jurídica de la aplicación de la tecnología a otro bien «precioso» para la sociedad, la vida. Todo lo relacionado con las intervenciones artificiales sobre la vida humana (genética, reproducción, extracción y trasplante de órganos, interrupción voluntaria del embarazo, suicidio y eutanasia) está regulado, y aún lo estará más, mediante prohibiciones generales, salvo las excepciones establecidas positivamente. De este modo, frente a los peligros de una libertad sin responsabilidad, resurge la llamada a un «paternalismo» del Estado del que quizás no pueda prescindirse en asuntos como éstos.

Por ello, hoy ya no es posible razonar en general partiendo de las premisas del principio de legalidad decimonónico. El significado que debe atribuirse a la ausencia de leyes es una cuestión que habrá de resolverse dependiendo de los distintos sectores del ordenamiento jurídico, en algunos de los cuales se podrá mantener la existencia de normas generales implícitas de libertad, mientras que en otros deberá reconocerse si acaso la existencia, por así decirlo, de normas generales prohibitivas. La regla liberal clásica, según la cual las actividades privadas siempre son lícitas si no vienen expresamente prohibidas por la ley, invierte su sentido en algunos supuestos y, en cualquier caso, ya no puede ser afirmada con carácter general.

Hoy día ya no se mantienen los caracteres liberales de la ley, concebida como límite a la situación de libertad «natural» presupuesta en favor de los particulares. Separada de este contexto general de referencia, en el que actuaba estableciendo los límites entre dos ámbitos perfectamente distinguibles, el de la autoridad pública y el de la libertad privada, la ley ha perdido el sentido de la orientación, haciéndose temible por lo imprevisible de su dirección.

9. *La reducción de la generalidad y abstracción de las leyes*

A la confusión en la relación autoridad pública-libertad privada se añade el deterioro de las características de generalidad y abstracción de la ley como norma jurídica.

La época actual viene marcada por la «pulverización» del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, «de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción»[52], hasta el extremo de las leyes-medida y las meramente retroactivas, en las que no existe una intención «regulativa» en sentido propio: en lugar de normas, medidas.

Sintéticamente, las razones de la actual desaparición de las características «clásicas» de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el «mercado de las leyes».

Dichos grupos dan lugar a una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, sea como implicación empírica del principio de igualdad del llamado «Estado social» (para cada situación una disciplina adecuada a sus particularidades), sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. De ahí la explosión de legislaciones sectoriales, con la consiguiente crisis del principio de generalidad.

La creciente vitalidad de tales grupos determina además situaciones sociales en cada vez más rápida transformación que requieren normas jurídicas *ad hoc*, adecuadas a las necesidades y destinadas a perder rápidamente su sentido y a ser sustituidas cuando surjan nuevas necesidades. De ahí, la crisis del principio de abstracción.

A estas explicaciones debe añadirse aún la cada vez más marcada «contractualización» de los contenidos de la ley. El acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos). El resultado de este proceso plural está, por su naturaleza, marcado por el rasgo de la ocasionalidad. Cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas. Y esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza.

En estas circunstancias, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio *ex post factum*.

10. *La heterogeneidad del derecho en el Estado constitucional: el ordenamiento jurídico como problema*

A la pulverización de la ley se añade la heterogeneidad de sus contenidos. El pluralismo de las fuerzas políticas y sociales en liza, admitidas todas a la competición para que puedan afirmar sus pretensiones en las estructuras del Estado democrático y pluralista, conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes.

Scanned with CamScanner

La ley —en este punto de su historia— ya no es la expresión «pacífica» de una sociedad política internamente coherente, sino que es manifestación e instrumento de competición y enfrentamiento social; no es el final, sino la continuación de un conflicto; no es un acto impersonal, general y abstracto, expresión de intereses objetivos, coherentes, racionalmente justificables y generalizables, es decir, si se quiere, «constitucionales», del ordenamiento. Es, por el contrario, un acto personalizado (en el sentido de que proviene de grupos identificables de personas y está dirigido a otros grupos igualmente identificables) que persigue intereses particulares.

La ley, en suma, ya no es garantía absoluta y última de estabilidad, sino que ella misma se convierte en instrumento y causa de inestabilidad. Las consecuencias de la ocasionalidad de las coaliciones de intereses que ella expresa se multiplican, a su vez, en razón del número progresivamente creciente de intervenciones legislativas requeridas por las nuevas situaciones constitucionales materiales. El acceso al Estado de numerosas y heterogéneas fuerzas que reclaman protección mediante el derecho exige continuamente nuevas reglas e intervenciones jurídicas que cada vez extienden más la presencia de la ley a sectores anteriormente abandonados a la regulación autónoma de los mecanismos sociales espontáneos, como el orden económico, o dejados a la libre iniciativa individual, como era la beneficencia, hoy respaldada o sustituida por la intervención pública en la asistencia y en la seguridad social. En estos campos, en los que las leyes actúan sobre todo como medidas de apoyo a este o aquel sujeto social y vienen determinadas más por cambiantes relaciones de fuerza que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a la ocasionalidad de los acuerdos particulares que impulsan la legislación.

La amplia «contractualización» de la ley, de la que ya se ha hablado, da lugar a una situación en la que la mayoría legislativa política es sustituida, cada vez con más frecuencia, por cambiantes *coaliciones legislativas de intereses* que operan mediante sistemas de *do ut des*.

La consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del producto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extienda a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos. Las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que —para conseguir el acuerdo— todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles.

Además de ser consecuencia del pluralismo político-social que se manifiesta en la ley del Parlamento, los ordenamientos actuales también son el resultado de una multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos «menores» que viven a la sombra del estatal y que no siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano[53]. A este respecto, se ha hablado de «gobiernos particulares» o «gobiernos privados» que constituyen ordenamientos jurídicos sectoriales o territoriales.

De tales ordenamientos, algunos pueden considerarse enemigos del estatal y ser combatidos por ello, pero otros pueden ser aceptados para concurrir con las normas estatales en la formación de un ordenamiento de composición plural. De este modo, la estatalidad del derecho, que era una premisa esencial del positivismo jurídico del siglo pasado, es puesta en tela de juicio y la ley se retrae con frecuencia para dejar sectores enteros a regulaciones de origen diverso, provenientes bien de sujetos públicos locales, en conformidad con la descentralización política y jurídica que marca de forma característica la estructura de los Estados actuales, bien de la autonomía de sujetos sociales colectivos, como los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de empresarios y las asociaciones profesionales. Tales nuevas fuentes del derecho, desconocidas en el monismo parlamentario del siglo pasado, expresan autonomías que no pueden insertarse en un único y centralizado proceso normativo. La concurrencia de fuentes, que ha sustituido al monopolio legislativo del siglo pasado, constituye así otro motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento.

Según lo que se acaba de describir, hoy debe descartarse completamente la idea de que las leyes y las otras fuentes, consideradas en su conjunto, constituyan de por sí un ordenamiento —como podía suceder en el siglo pasado—. La crisis de la idea de código[54] es la manifestación más clara de este cambio. En estas condiciones, la exigencia de una reconducción a unidad debe tener en cuenta la crisis del principio de legalidad, determinada por la acentuada pérdida de sentido, pulverización e incoherencia de la ley y de las otras fuentes del derecho.

11. *La función unificadora de la Constitución. El principio de constitucionalidad*

No debe pensarse que la inagotable fragua que produce una sobreabundancia de leyes y otras normas sea una perversión transitoria de la concepción del derecho, pues responde a una situación estructural de las sociedades actuales. El siglo XX ha sido definido como el del «legislador motorizado» en todos los sectores del ordenamiento jurídico, sin exclusión de ninguno. Como consecuencia, el derecho se ha «mecanizado» y «tecnificado»[55]. Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo. La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquélla a la que el positivismo legislativo lo ha reducido.

Como la unidad del ordenamiento ya no es un dato del que pueda simplemente tomarse nota, sino que se ha convertido en un difícil problema, la

Scanned with CamScanner

antigua exigencia de someter la actividad del ejecutivo y de los jueces a reglas generales y estables se extiende hasta alcanzar a la propia actividad del legislador. He aquí, entonces, la oportunidad de cifrar dicha unidad en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. El pluralismo no degenera en anarquía normativa siempre que, pese a la diferencia de estrategias particulares de los grupos sociales, haya una convergencia general sobre algunos aspectos estructurales de la convivencia política y social que puedan, así, quedar fuera de toda discusión y ser consagrados en un texto indisponible para los ocasionales señores de la ley y de las fuentes concurrentes con ella.

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.

12. *Rasgos de la unificación del derecho en el Estado constitucional*

Con esto, sin embargo, el tema del derecho en el Estado constitucional apenas queda esbozado, pues la cuestión que se trata de abordar hace referencia a la naturaleza de esta unificación. Si pensásemos, mediante una trasposición del viejo orden conceptual, en una mecánica unificación de arriba hacia abajo, por medio de una fuerza jurídica jerárquicamente superior que se desarrolla unilateral y deductivamente a partir de la Constitución, invadiendo todas las demás y subordinadas manifestaciones del derecho, andaríamos completamente errados. Estaríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución. Pero semejante sustitución no es posible[56] y nos conduciría a un malentendimiento de los caracteres del Estado constitucional actual.

En primer lugar, lo que se viene operando en éste no es en absoluto una unificación, sino una serie de divisiones, cuya composición en unidad no puede proponerse en los términos lineales con que en el pasado se realizaba la coherencia del ordenamiento bajo la ley.

A este respecto, podemos decir, a grandes rasgos, que lo que caracteriza al «Estado constitucional» actual es ante todo la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de derecho del siglo XIX estaban unificados o «reducidos» en la ley. Para expresar cumpli-

damente la soberanía histórico-política de la clase social dueña de la ley y para hacerse posible en la práctica, la «soberanía» de la ley debía suponer también la reconducción y, por tanto, la reducción a la propia ley de cualquier otro aspecto del derecho. En esta reconducción y reducción consistía propiamente —como se ha dicho— el positivismo jurídico, es decir, la teoría y la práctica jurídica del Estado de derecho decimonónico. Si el positivismo todavía no ha sido abandonado ni en la teoría ni en la práctica jurídica del tiempo presente, y si los juristas continúan considerando su labor básicamente como un servicio a la ley, aunque integrada con la «ley constitucional», no es porque aún pueda ser válido en la nueva situación, sino porque las ideologías jurídicas son adaptables. La supervivencia «ideológica» del positivismo jurídico es un ejemplo de la fuerza de inercia de las grandes concepciones jurídicas, que a menudo continúan operando como residuos, incluso cuando ya han perdido su razón de ser a causa del cambio de las circunstancias que originariamente las habían justificado.

Antes de pasar a considerar su modo de componerse, es preciso prestar atención a las separaciones que constituyen la novedad fundamental de los ordenamientos jurídicos del siglo XX y que hacen del iuspositivismo decimonónico un puro y simple residuo histórico.

NOTAS

1. Nótese el orden de construcción de las fórmulas compuestas *Staatsrecht* (*supra*, p. 11), y *Rechtsstaat*, en cada una de las cuales el significado fuerte corresponde al primero de los dos términos.
2. Indicaciones en P. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Mohr, Tübingen, 1986, cap. 1.
3. K. Eichenberger, «Gesetzgebung im Rechtsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, W. de Gruyter, Berlin-New York, 1982, p. 8.
4. K. T. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (1813), reed. Scientia, Aalen, 1964, pp. 25-26 y 71 ss.
5. J. C. F. von Aretin, «Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie» (1824), citado en E. W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1969), ahora en *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, p. 145.
6. F. J. Stahl, *Philosophie des Rechts* II, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, parte II, libro IV (1878), reimpresión G. Olms, Hildesheim, ^{5}1963, pp. 137-138.
7. La discusión —que en Alemania implicó no sólo al ámbito de los juristas, como C. Schmitt, O. Koellreutter, J. Binder, E. R. Huber y E. Forsthoff, sino también a un círculo de hombres del régimen, como J. Frank y H. Göring— fue reconstruida por F. Neumann, *The Governance of the Rule of Law. An Investigation into the Relationship between the Political Theory, the Legal System and the Social Background in the Competitive Society*, 1936 [trad. alemana *Die Herrschaft des Gesetzes*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1980, pp. 249 ss.]. Para la discusión en Italia, cf. P. Bodda, *Lo stato di diritto*, Milano, 1935; E. Allorio, «L'ufficio del giurista nello Stato unitario»: *Jus* (1942), p. 282. Para el debate en cuestión, C. Lavagna, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1938, pp. 71 ss.; F. Pierandrei, *I diritti subbiettivi pubblici nell'evoluzione della dottrina germanica*, Giappichelli, Torino, 1940, pp. 225 ss.

Entre todas, resulta elocuente la doble posición asumida por C. Schmitt, quien en un primer momento sostuvo la irreductibilidad del nuevo Estado a los principios del *Rechtsstaat*, considerado este último sustancialmente como un concepto del liberalismo («Nationalsozialismus und Rechtsstaat»: *Juristische Wochenschrift* [1934], pp. 17 ss.) y después, adecuándose al ambiente oficial, se dispuso a aceptar la tesis de la continuidad, pese a desvalorizar el significado global de la discusión mediante la reducción del «Estado de derecho» a un concepto exclusivamente formal («Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?»: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* [1935], pp. 189 ss.). En esta segunda

Scanned with CamScanner

ocasión, se suprimía del concepto de *Rechtsstaat* cualquier connotación (o incrustación) sustancial-constitucional mediante su total formalización y tecnificación.

8. M. Fioravanti, «Costituzione e Stato di diritto»: *Filosofia politica* 2 (1991), pp. 325 ss.

9. Así, en consonancia con su genérica desvalorización de todo concepto que no fuese exclusivamente formal, H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R. Vernengo, UNAM, México, 1979, p. 315; Id., *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, Mohr, Tübingen, ^{2}1928, p. 191.

10. C. Schmitt, «Was bedeutet der Streit um den "Rechtsstaat"?», cit., p. 201.

11. R. v. Mohl, *Encyklopädie der Staatswissenschaften*, Siebeck, Freiburg-Tübingen, ^{2}1872, p. 106. Sobre las transformaciones de las concepciones originarias del *Rechtsstaat*, D. Grimm, «Die deutsche Staatsrechtslehre zwischen 1750 und 1945» (1984), ahora en *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1987, pp. 298 ss. y E. W. Böckenförde, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», cit., pp. 144 ss.

12. O. Mayer, *Derecho administrativo alemán* (1904), trad. de H. H. Heredia y E. Krotoschin, Depalma, Buenos Aires, 1982, vol. I, pp. 72 ss.

13. Por ejemplo, E. W. Böckenförde, «Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung», en A. Buschmann (ed.), *Festschrift für R. Gmür zur 70. Geburtstag*, Gieseking, Bielefeld, 1983, p. 10.

14. C. Schmitt, *Legalidad y legitimidad* (1932), trad. de J. Díaz García, Aguilar, Madrid, 1971.

15. A. de Tocqueville, *El Antiguo Régimen y la Revolución* (1856), trad. D. Sánchez de Aleu, Alianza, Madrid,1982, p. 58, cita una ilustrativa carta del 1790 de Mirabeau a Luis XVI en la que dice: «Comparad el nuevo estado de cosas con el antiguo régimen; esta comparación consuela y hace nacer la esperanza. Una parte de los actos de la Asamblea nacional, la más importante, es claramente favorable al gobierno monárquico. ¿No significa nada, pues, no tener Parlamento (*el Parlamento nobiliario del Antiguo régimen, que controlaba los actos del rey*), ni países de estados, ni cuerpos del clero, de la nobleza, de los privilegiados? La idea de no formar más que una sola clase de ciudadanos le hubiese agradado a Richelieu: esta superficie completamente igual facilita el ejercicio del poder. Muchos reinados de gobierno absoluto no habrían hecho tanto por la autoridad real como este solo año de revolución».

16. Sobre las metáforas mecánicas del Estado y su significado en el ámbito de las concepciones del Estado, O. Mayr, *Authority, Liberty and Automatic Machinery in Early Modern Europe* (1986), trad. it. *La bilancia e l'orologio. Libertà e autorità nel pensiero politico dell'Europa moderna*, Il Mulino, Bologna, 1988. La tradición continental absolutista se reconduce a la imagen del reloj, es decir, del mecanismo capaz de funcionar sólo si el movimiento se le confiere desde el exterior, desde la fuerza que puede operar como la cuerda: al margen ya de la metáfora, la ley del Soberano. La tradición antiabsolutista británica, en cambio, se refleja en la imagen de la balanza, cuyo funcionamiento consiste en el equilibrio y se determina a través de un juego interno de acciones y reacciones que actúan por el reequilibrio. Además, B. Stollberg-Riligne, «Der absolute deutsche Fürstenstaat als Maschine», en *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 99 ss.; S. Smid, «Recht und Staat als "Maschine". Zur Bedeutung einer Metapher», en *Der Staat*, 1988, pp. 325 ss. y F. Rigotti, *Metafore della politica*, Il Mulino, Bologna, 1989, sobre todo, pp. 61 ss.

17. L. Paulson, «Teorie giuridiche e *Rule of Law*», en P. Comanducci y R. Guastini (coords.), *Analisi e diritto 1992*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 251 ss.

18. D. N. MacCormick, «Der Rechtsstaat und die *rule of law*»: *Juristenzeitung* (1984), pp. 65 ss.

19. Sobre el desarrollo del *rule of law* en la época del conflicto entre Jacobo I y el Parlamento en las primeras décadas del siglo XVII, K. Kluxen, *Geschichte und Problematik des Parlamentarismus*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1983, pp. 50 ss.

20. Sobre el significado doblemente antiabsolutista de la defensa del *common law* hecha por Edward Coke, tanto contra el absolutismo regio como contra el absolutismo parlamentario, K. Kluxen, *op. cit.*

21. R. Dreier, «Recht und Gerechtigkeit» (1982), ahora en *Recht - Staat - Vernunft*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, pp. 24 ss. y G. Bognetti, «I diritti costituzionali nell'esperienza costituzionale»: *Quaderni di Justitia* (Milano) 27 (1977), p. 27, nota 4.

22. J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino, 1992, p. 70; R. Dreier, *op. cit.*; M. Kriele, *op. cit.*, pp. 106 ss.

23. U. Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, Utet, Torino, 1992, pp. 77 ss.

24. K. Kluxen, «Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des englischen Parlamentarismus», en Id. (coord.), *Parlamentarismus*, Athenäum, Berlin, ^{5}1980, p. 103.

25. M. Kriele, *Introducción a la Teoría del Estado* (1975), trad. de E. Bulygin, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 146 ss.

26. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan, London, ^{8}1915, pp. XXXVI ss.

27. K. Eichenberger, *Gesetzgebung im Rechtsstaat*, cit., p. 9.

28. Por ejemplo, R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931, pp. 17 y 29 ss.

29. O. Mayer, *op. cit.*, vol. I, pp. 80 y 84 (en las posteriores ediciones de esta obra, la idea de la potestad originaria del ejecutivo aún queda más puesta en evidencia, al observar que compete a éste «vivir y actuar, incluso en ausencia de una ley que dirija su acción»).

30. O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, Pierro, Napoli, 1912, p. 143.

31. R. Carré de Malberg, *op. cit.*, p.30.

32. La fórmula «ley en sentido material» —en contraposición a la ley en sentido meramente formal— hacía referencia a las normas que incidían sobre la libertad y los derechos individuales, y, dada la ideología jurídica del Estado liberal de derecho, ésta era la «auténtica» tarea de la ley. Este concepto tenía un significado desde el punto de vista de la división de poderes constitucionales. En las constituciones dualistas, en efecto, la función de dictar normas legislativas sólo en sentido formal (referentes a la organización y a la acción del Estado, sin consecuencias directas sobre los derechos de los particulares) podía dejarse en manos del gobierno. Sobre el tema, P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, vol. II, Mohr, Freiburg i. Br., ^{3}1887, pp. 226 ss.

33. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), trad. y prólogo de F. Ayala con un epílogo de M. García Pelayo, Alianza, Madrid, 1982.

34. El antecedente famoso de esta concepción está contenido en el artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: «La Loi n'a le droit défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas».

35. La discusión indicada en el texto volvió a cobrar actualidad a propósito del así llamado «Estado administrativo», una continuación tardo-decimonónica de temáticas del Estado de policía. Se trataba de definir el significado del «silencio legislativo», del «espacio vacío de derecho». La doctrina liberal, en contraste con la proclive a la autoridad, sostenía que las intervenciones administrativas *praeter legem* deberían considerarse ilegítimas, en la medida en que entran en contradicción con la llamada «norma general exclusiva» de libertad, según la cual todo lo que no está expresamente prohibido está permitido.

Los términos de la discusión en F. Cammeo, «Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo», en V. E. Orlando (comp.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* III, Società Editrice Libraria, Milano, 1901, p. 143; D. Donati, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Società Editrice Libraria, Milano, 1910; O. Rannelletti, *op. cit.*, vol. I, pp. 279 ss. (los primeros para los principios del Estado de derecho, el último, para los del Estado administrativo). Sobre este debate histórico, R. Guastini, «Completezza e analogia. Studi sulla teoria generale del diritto italiano del primo Novecento», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, recopilados por G. Tarello, vol. VI, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 513 ss.; y M. Fioravanti, «Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato», en A. Schiavone (coord.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Bari, 1990, p. 36.

36. A partir de estos elementos, los modelos ideales de la generalidad de la ley en el siglo XIX liberal se asientan en la *sûreté* como condición de la libertad de la que habla Montesquieu (*Esprit des lois*, XII, 2; trad. de M. Blázquez y P. de Vega, *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1985)), más que en la rousseauniana *volonté générale* del pueblo soberano que decide teniendo frente a sí al pueblo mismo *en corps* (*Contrat social*, II, 6; trad. de S. Masó, en *Escritos de combate*, Alfaguara, Madrid, 1979).

37. L. Duguit, *Traité de droit constitutionel*, vol. II, Fontemoing, Paris, 1923, p. 145: «la ley puede ser mala, todo lo injusta que se quiera, pero su redacción general... reduce al mínimo este peligro. El carácter garantista de la ley e incluso su propia razón de ser se encuentran en su carácter general».

38. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 159.

39. La expresión «supuesto de hecho» (el término italiano es *fattispecie*) significa «representación» o descripción del hecho de la vida al que la norma atribuye una cierta relevancia jurídica (como derecho subjetivo, ilícito, deber, etc.). El supuesto de hecho es abstracto cuando es indicado no en concreto, es decir, con referencia a circunstancias históricamente determinadas, sino con vocación de permanencia. En la lengua alemana, el equivalente de «supuesto de hecho» es *Tatbestand*, expresión que encierra en sí, de modo más claro que la expresión italiana, la idea del estar, de la estabilidad, de la duración, expresada por la raíz *st* de *bestehen*.

Scanned with CamScanner

40. Éste es el gran tema de la «justicia en la Administración», a propósito del cual es preciso señalar la dificultad de considerar a la Administración como parte de una relación sobre la que un juez está llamado a juzgar en un procedimiento contradictorio y paritario. Queda, por lo general, un reconocimiento residual de la posición de *autoridad* de la Administración en relación con la *libertad* de los administrados que lleva a la creación de sistemas de justicia administrativa diferentes de los sistemas jurisdiccionales comunes, en los cuales el «juez administrativo» está llamado a proteger la legalidad del acto de la Administración más bien que las pretensiones jurídicas subjetivas de los administrados. El modelo, a grandes rasgos, viene representado por el napoleónico *Conseil d'État* francés. La alternativa es la representada por el sistema de «derecho común» vigente en Gran Bretaña, donde, en aplicación del *rule of law*, los administradores (*civil servants*) se sitúan en el mismo plano que los administrados y sus controversias se dirimen ante los tribunales de justicia ordinarios (aunque sea con algunas limitaciones): al respecto, el famoso capítulo XII de la parte II (del título *Rule of Law Compared with Droit administratif*) de la *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, cit., pp. 213 ss., de A. V. Dicey. Para la cuestión en Italia, en el ámbito del debate europeo, B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 1985; sintéticamente, A. Romano, *Premessa a Comentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1992, pp. IX ss. Puede verse un cuadro comparativo en G. F. Ferrari, «Giustizia amministrativa in diritto comparato», en *Digesto* IV, *Discipline pubblicistische*, Utet, Torino, 1991, pp. 567 ss.

41. La «doctrina» de la concepción de las Cartas *octroyés* como constituciones flexibles puede ser representada en Italia por el célebre artículo de Camillo de Cavour, aparecido en *Il Risorgimento* del 10 de marzo de 1848; sobre el mismo véase J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Giappicelli, Torino, 1990, pp. 170 ss.

42. Sobre la base de este presupuesto, se sostenía que las concretas disposiciones legislativas podían considerarse como partículas constitutivas de un edificio coherente y que el intérprete, recurriendo a los principios que sustentaban aquél, podía recabar, mediante una simple operación intelectiva, las normas necesarias para colmar las eventuales lagunas de tal edificio.

43. H. Coing, «Allgemeine Züge der privatrechtlichen Gesetzgebung im 19. Jahrhundert», en Id. (coord.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, parte III, *Das 19. Jahrhundert*, vol. I, pp. 3 ss., Beck, München, 1989, pp. 4 ss.

44. El autor de esta expresión (que se suele usar en la forma: «un plumazo del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado») es J. H. Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), trad. de A. Truyol y Serra, CEC, Madrid, ³1983. El contexto de la referida afirmación es la concepción de la jurisprudencia como un mero trabajo a partir de los defectos de la legislación positiva: «la ignorancia, la desidia, la pasión del legislador» constituyen el objeto de los estudios de los juristas. «Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; alejándose de la sana, establecen su nido en la enferma» (*Ibid.*, p. 29). Sobre esta representación, C. Schmitt, «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)», ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlin, ³1985, p. 400.

45. Por ejemplo, A. Gambaro, «Codice civile», en *Digesto* IV, *Discipline privatistiche, sez. civile* II, Utet, Torino, 1988, pp. 450 ss.

46. En todo caso, no se trata de una realización total, imposible en cualquier visión no rigurosamente iusnaturalista del derecho. El elemento «político», es decir, emanado de la concreta voluntad de los hombres, está simplemente circunscrito y relegado en lo alto, en el acto constituyente. Sobre esta problemática, M. Dogliani, «Costituente (potere)», en *Digesto* IV, *Discipline pubbliscistiche*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, pp. 281 ss.

47. Al respecto, C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 149 ss. y N. Bobbio, «Governo degli uomini o governo delle leggi?», en *Nuova antologia*, 1983, pp. 135 ss.

48. *Supra*, pp. 27 ss.

49. Por todos, S. Fois, «Legalità (principio di)», en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. XIII, especialmente pp. 696 ss.

50. En este desarrollo, que bajo ciertos aspectos podría parecer un retroceso a situaciones preliberales, encuentran explicación las numerosas peticiones a favor de declaraciones sectoriales de derechos, no necesariamente legislativas (del enfermo, del estudiante, de los usuarios en general), garantizados por «Tribunales» *ad hoc*, ajenos a la organización judicial del Estado e insertados en la lógica de la organización a la que van referidos. Nada nuevo: frente a la reproducción de situaciones de supremacía administrativa se manifiesta una recuperación de las exigencias del Estado de derecho.

51. A. Predieri, *Pianificazione e costituzione*, Comunità, Milano, 1963, p. 272.

52. *Ibid.*, p. 270.

53. El fenómeno de la «pluralidad de los ordenamientos jurídicos» ha sido destacado y tematizado como rasgo propio del Estado contemporáneo (frente a las lamentaciones de quienes, al comienzo del siglo, simplemente veían en ello la crisis del Estado *tout court*) por S. Romano en su más célebre obra, *El ordenamiento jurídico* (1918), trad. de S. y L. Martín-Retortillo, IEP, Madrid, 1963. Sobre el particular, P. Biscaretti di Ruffia (coord.), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977 (sobre todo, N. Bobbio, «Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano», pp. 25 ss. [hay versión castellana del trabajo de N. Bobbio a cargo de A. Ruiz Miguel en *Contribución a la teoría del Derecho*, F. Torres, Valencia, 1980, pp. 155 ss.]). En el mismo volumen, para la crítica a las visiones corrientes del Estado pluralista como modelo «estático» y la afirmación del pluralismo como fenómeno de transición de una vieja a una nueva obligación política «monista», G. Miglio, «La soluzione di un problema elegante», p. 214. La aceptación de este punto de vista conduciría a desvalorizar demasiado el significado de la actual estructuración pluralista de los Estados y a afianzar, en el plano teórico, su contrario; es decir, la versión fuerte de la soberanía estatal.

54. Puesta en evidencia, en Italia, sobre todo por N. Irti, *La edad de la descodificación* (1986), trad. de L. Rojo Ajuria, Bosch, Barcelona, 1992.

55. C. Schmitt, «Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943-1944)», cit., pp. 404 ss. y 420.

56. Así, en un marco conceptual de trazos distintos, pero análogamente inspirado, A. Baldassare, «Costituzione e teoria dei valori», en *Politica del diritto*, 1991, pp. 639 ss.

Scanned with CamScanner

3

LA SEPARACIÓN DE LOS DERECHOS RESPECTO DE LA LEY

La primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley[1].

Para comprender el significado y la importancia de esta distinción, destinada a configurar dos «vertientes» de la experiencia jurídica que se hallan en tensión, es preciso tener en cuenta que en el siglo XIX —que además se decía liberal y se inspiraba en parte en las raíces de la Revolución francesa— no existía una distinción sustancial, jurídicamente relevante, entre la ley y los derechos.

1. *La teoría decimonónica de los derechos públicos subjetivos*

En el intento de atribuir consistencia jurídica a los que hoy consideramos derechos constitucionales, la ciencia jurídica del siglo XIX no consiguió ir más allá de la llamada teoría de los «derechos públicos subjetivos»[2]. Se trataba de una teoría rigurosamente fiel a los postulados del Estado de derecho que pretendía superar o, mejor, limitar el principio según el cual frente a la autoridad del Estado soberano no podían existir más que posiciones de sujeción.

El Estado, de ser algo «al margen» y «por encima de» la ley, como era concebido por el absolutismo monárquico, se situaba ahora «dentro de» y «sometido a» la ley, y se configuraba así como uno de los muchos sujetos disciplinados por el derecho. No se le reconocía *a priori* ninguna supremacía, porque todos los sujetos jurídicos, incluido el estatal, debían ser disciplinados por la ley y la posición jurídica de cada uno de ellos respecto a la de los demás dependía sólo de la ley. De este modo, entre el «sujeto-Estado» y

Scanned with CamScanner

los individuos podían configurarse relaciones recíprocas reguladas por el derecho y controladas por jueces independientes[3].

En relación con las concepciones anteriores, se trataba de un gran paso adelante que reequilibraba las posiciones, un importante esfuerzo por librar a los individuos de la actuación arbitraria del Estado. Pero era un esfuerzo limitado. Era válido en relación con el Estado como administración pública, pero desde luego no en relación con el Estado como legislador. Con una terminología fiel a la teoría de los derechos públicos subjetivos y bastante aceptada, se podía caracterizar al Estado bajo estos dos aspectos: el Estado-persona, constituido por su concreta organización, encabezada entonces por el gobierno del rey; y el Estado-ordenamiento, es decir, el conjunto del derecho vigente, encabezado por el legislador. Evidentemente, sólo el primero podía considerarse sujeto a la ley, lo que hubiera podido constituir la base de una auténtica relación jurídica con los ciudadanos. El segundo, en cambio, era por su propia naturaleza señor de la ley, por lo que no podía estar sujeto a ella: «estar sujeto a sí mismo no es sujeción, sino libertad»[4]. Desde el punto de vista del Estado como legislador, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo, sino sólo como una ***autolimitación*** y como una ***concesión***. Los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente «en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés»[5].

La creación de los derechos determinaba el límite entre el poder del Estado y la libertad de los particulares y, según los principios del Estado de derecho, como se ha visto[6], esta determinación era tarea de la ley. Los distintos derechos se reducían así «a una aplicación caso por caso de aquel general principio formal según el cual los órganos de la administración, de acuerdo con la idea de Estado de derecho, sólo podían intervenir en la libertad y en la propiedad de los particulares sobre la base y dentro de los límites establecidos por la ley»[7]. Los derechos, por tanto, no consistían en una «sustancia», sino en una simple «forma» jurídica, la forma de la ley. La garantía de los derechos se reducía a la «reserva de ley».

Respecto a la pura y simple arbitrariedad del Estado, se trataba ya de un gran avance. El Estado-administración venía sujeto a las prescripciones contenidas en la ley general y abstracta votada por un Parlamento representativo, lo cual, de por sí, producía seguridad e igualdad. Pero aún no era un paso decisivo porque, al no tener los derechos una consistencia jurídica propia, no había ninguna garantía frente a la posibilidad de que la propia ley previera y consintiera su negación. El concepto jurídico de los derechos era marginal o «secundario», lo que derivaba de la asunción de una idea fundamental: la prioridad del Estado y de sus exigencias de unidad, expresadas en la ley, frente a las posiciones subjetivas de los individuos. Con la doctrina de los derechos públicos subjetivos, los derechos empezaban a asomar la cabeza en una tradición del derecho público básicamente estatalista, es decir, en un ambiente jurídico y político todavía hostil a una transforma-

ción profunda del orden heredado, un orden en el que el Estado, con su autoridad, estaba por delante de los individuos, con sus derechos.

Se trataba de un punto de llegada que la ciencia jurídica no podía superar si no era cuestionando la ideología jurídica positivista entonces dominante, esa ideología que reducía los derechos a las leyes y atribuía a éstas un carácter omnipotente.

2. *El significado histórico-constitucional de la teoría de los derechos públicos subjetivos*

No es cuestión de hablar aquí de lo conforme que fuese esta ideología estatalista-legislativa de los derechos con las condiciones constitucionales materiales del siglo XIX y de lo adecuada que resultase tanto al Estado de la burguesía y a la posición «general» que ésta asumió en la dirección política del Estado a través de la Cámara representativa, cuanto al Estado basado sobre el compromiso entre burguesía y monarquía. Más bien hay que observar que, contrariamente a lo que a veces se sostiene, el siglo XIX no ha sido el siglo de los derechos individuales inviolables o «fundamentales», es decir, previos a la autoridad pública, como acaso lo fuera, en cambio, el siglo XVIII, con su impronta iusnaturalista. Y no podía serlo porque era, por el contrario, el siglo de la fuerza del Estado o del Estado-fuerza[8]. Aunque la ideología liberal postulase el Estado limitado o el Estado mínimo frente a la libertad de la sociedad civil, estos postulados no tenían —desde el punto de vista constitucional— un alcance básico o fundamentador y, por ello, las teorías del derecho se veían imposibilitadas para encontrar una fórmula general que sirviese para dar cuerpo a esta aspiración en un principio jurídico previo, y por consiguiente vinculante, a la fuerza del Estado[9].

En realidad, aunque aquel Estado pudiera ser «liberal» para la clase política de la que era expresión, no podía serlo para su antagonista histórico, el proletariado. La «gran división» que marca todo el siglo pasado y la permanente amenaza que la «cuestión social» supone para las instituciones liberales, no permitían más que un parcial y siempre revocable debilitamiento del Estado como fuerza soberana. De ahí que, en presencia del dogma de la omnipotencia del Estado y, particularmente, de la ley, que era su más alta expresión, no fuese pensable en modo alguno una verdadera teoría de los derechos como atributo propio y originario de los particulares. En este escollo naufragaron todos los esfuerzos, incluido el de la teoría de los «derechos públicos subjetivos», que, por otra parte, representa el intento más serio de fundamentar una teoría de los derechos individuales en un marco aún hobbesiano del Estado[10].

En el fondo, incluso la proclamación de determinados derechos en las Cartas constitucionales sólo operaba jurídicamente como simple directiva no vinculante. Cuando en virtud de factores políticos prejurídicos prevaleciese en la ley una cierta concepción —la «liberal», precisamente— de las

Scanned with CamScanner

relaciones entre el Estado y los individuos, aquélla podía operar como marco constitucional de la libertad. Pero como el alcance concreto de los derechos venía fijado por la ley, su función protectora de la libertad podía tornarse limitación e incluso abolición de la misma cuando prevaleciesen orientaciones histórico-políticas opuestas[11]. En efecto, la concepción de los derechos como simple pretensión de que las relaciones jurídicas, incluidas las que tienen lugar entre los individuos y el Estado, se desarrollasen según el derecho (el derecho establecido por la ley) también podía ser válida, como lo fue, en la época de los totalitarismos del siglo siguiente. Es más, se podía decir sin dificultad que el carácter esencial del Estado decimonónico era el de la «totalidad», entendida como «la posibilidad, salvo autolimitación, de regular cualquier relación relevante para sus fines»[12]. El Estado «total», capaz de extender su control sobre la sociedad hasta donde fuese conveniente para lograr sus fines, podía de hecho —como en efecto sucedió— transformarse en «totalitarista» (según expresión de la época) en caso de que sus fines abarcasen todo el espectro de las acciones sociales. Y esta transformación, al ser cuantitativa, no cualitativa, podía operarse en la continuidad del reconocimiento de los caracteres del Estado, por lo que no comportaba particulares problemas de principio.

En efecto, mientras se discutía sobre la posibilidad de seguir usando la categoría de «Estado de derecho»[13], y más bien como una particularidad de aquella discusión, se continuaba utilizando la categoría de los derechos públicos subjetivos. Esto sucedía sobre todo entre los juristas interesados en interpretar el fascismo como prolongación en la continuidad o como restauración de la autoridad del Estado, minado en su unidad por el pluralismo o, como solía decirse, por el «sindicalismo» incipiente. Se hablaba de «crisis del Estado»[14] y el Estado totalitario se podía concebir como la reafirmación del principio estatalista no sólo del derecho, sino también de los derechos, frente al «exagerado egoísmo y a la ausencia de un concepto de justicia» en las muchas organizaciones y asociaciones particulares que parecían conjurar la estabilidad y la unidad de la trama estatal[15].

Si es verdad que las concepciones jurídicas del régimen liberal realizado en el siglo XIX no rompieron su techo y no fueron capaces de superar la concepción de los derechos como producto o consecuencia de la voluntad del Estado, no puede decirse que esa continuidad careciese completamente de fundamento. Si el concepto de derechos públicos subjetivos procedía de la teoría del Estado liberal del siglo XIX, no era en absoluto imposible su empleo —en función residual y ya no central— en un contexto favorable al dominio ilimitado del Estado sobre los derechos del individuo.

3. *La fundamentación constitucional de los derechos y su autonomía frente a la ley*

La configuración decimonónica de los derechos había sido anticipada por el

precursor del positivismo jurídico, Thomas Hobbes. Postulando un poder público soberano (que sea ostentado por una persona individual o por una asamblea, es indiferente) y una concepción del derecho como mandato de tal poder, Hobbes distinguía entre el significado de *lex* y el de *ius*. Se denominaba *lex* al mandato autoritario al que se someten todos los súbditos, es decir, al derecho *ex parte principis*; por el contrario, se llamaba *ius* a la libertad reconocida por la ley en favor de los particulares, es decir, al derecho *ex parte civium*. Con sus propias palabras:

> The name *lex*, and *jus*, that is to say, law and rights, are often confounded; and yet scarce are there any two words of more contrary signification. For rights is that liberty which law leaveth us; and laws those restraints by which we agree mutually to abridge one another's liberty[16].

La distinción entonces sólo era conceptual porque en la práctica, en el Estado absoluto tal y como él lo concebía, los *iura* no tenían una entidad autónoma[17], sino que sólo eran un aspecto residual de la ley.

Con las Constituciones contemporáneas, la distinción hobbesiana entre *lex* y *ius* deja de ser exclusivamente una precisión conceptual o una aspiración «moral» (según el significado que el adjetivo asume en la fórmula *moral rights*[18], comprensible allí donde no existe una Constitución en el sentido continental). Dicha distinción se convierte, por el contrario, en un principio jurídico operativo del que derivan importantes consecuencias, quizás aún no todas afloradas. Teniendo presentes los catálogos de derechos establecidos en Constituciones rígidas, es decir, protegidas contra el abuso del legislador, podemos distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica: la de la ley, que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y la de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como «patrimonio jurídico» de sus titulares, independientemente de la ley.

La Constitución del presente siglo —podría afirmarse— fragmenta el derecho, al separar la ley de los derechos, e impone la elaboración de una concepción jurídica que sea recomposición armónica de la primera con los segundos y en la que ambos componentes vean reconocido aquello que les resulta propio. Pero sobre esto se volverá más adelante.

4. *El significado de la dualidad entre ley y derechos*

Mediante esta separación, el derecho constitucional europeo continental —dos siglos después— da un paso que lo lleva a diferenciarse simultáneamente tanto de la tradición de los derechos de la Declaración francesa de 1789, cuanto de la norteamericana, aunque asumiendo aspectos de las dos[19].

Scanned with CamScanner

5. *La tradición francesa: derechos y código*

En el espíritu de la Revolución francesa, la proclamación de los derechos servía para fundamentar una nueva concepción del poder estatal, determinando sus condiciones de legitimidad sobre la base de una orientación liberal. La *Déclaration* no era propiamente derecho positivo, sino un «reconocimiento» de las «verdades» de una filosofía política, presentada como el espíritu común de toda una época, que pedía ser llevada del campo de la teoría al de la práctica[20].

El objetivo que se perseguía era la demolición de las estructuras del *Ancien Régime* y la instauración del reino de la libertad y de la igualdad jurídica en una sociedad que aún no conocía ni la una ni la otra y que sólo habría podido conocerlas a través de una profunda reforma de la legislación civil, penal y administrativa. Por eso, puede decirse que la *Déclaration* tenía fundamentalmente, al menos al comienzo, un significado de derecho objetivo y que aún no era válida, por sí misma, como protección jurídica de situaciones subjetivas individuales[21]. Sólo en un momento posterior, una vez consumada la obra, la misma declaración podría asumir un significado subjetivista, la protección de un *statu quo* jurídico que existiría en la medida en que fuese asegurado por la ley.

La proclamación francesa de los derechos operaba así como legitimación de una potestad legislativa que, en el ámbito de la dirección renovadora que tenía confiada, era soberana, es decir, capaz de vencer todos los obstáculos del pasado que hubieran podido impedir o ralentizar su obra innovadora. La idea —o mejor, la ideología— de la codificación, esto es, la idea de la fundamentación *ex novo* de todo el derecho en un único sistema positivo de normas precisas y completas, condicionado solamente por la coherencia con sus principios inspiradores, es la primera y más importante consecuencia de la *Déclaration*[22]. El Decreto sobre la justicia del 24 de agosto de 1790 promete «un code général de lois simples, claires et appropiées à la constitution» y el Título primero de la Constitución de 1791, que contiene las «Dispositions fondamentales garanties par la Costitution», termina por confirmar esta promesa: «Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le Royaume», y con la expresión *lois civiles* se indicaba el conjunto de la legislación concerniente a los ciudadanos y a sus derechos[23]. El hecho de que después lo que hoy denominamos «derecho administrativo» no se incluyese en el Código civil de Napoleón se debe a la recuperación que hubo en este sector de principios de autoridad originarios del *Ancien Régime*[24], que mal se habrían conciliado con el espíritu individualista de los derechos que operan en el campo de las relaciones entre privados.

Si la ley hubiese seguido el camino opuesto a los derechos, tal vez se habría ejercido el derecho de resistencia a la opresión[25] o el derecho-deber a la insurrección[26], tal vez se habría ejercido el derecho-deber de resistencia a la tiranía. Pero, fuera de este caso-límite, que representa un hecho excepcional de la vida constitucional, la realización y la protección de los dere-

chos correspondía incondicionalmente al legislador. La fuerza de la ley era lo mismo que la fuerza de los derechos.

Al final, cualesquiera que pudiesen haber sido las intenciones de los Constituyentes de 1789-1791, la idea, teóricamente muy prometedora, de la ley como codificación del derecho no podía más que revelarse enemiga del valor jurídico de la *Déclaration*, arrojada al limbo de las genéricas proclamaciones políticas, carentes de incidencia jurídica por sí mismas e insusceptibles de aplicación directa en las relaciones sociales.

Se produjo así lo que puede parecer una paradoja: en el país cuya principal contribución al desarrollo de las concepciones constitucionales viene representada sin duda alguna por los derechos humanos, lo que se afianzó no fue la posición central de los derechos, sino lo que se ha denominado el *légicentrisme*[27]. Los derechos naturales de los hombres, de los que partía la *Déclaration*, conducían a la soberanía de la ley, producida con el concurso de los ciudadanos. Del hombre, concepto universal, al ciudadano políticamente activo. La sucesión de los artículos 4, 5 y 6 es elocuente:

> [...] l'exercice des droits naturel de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits [...]; la loi n'a le droit de défendre que ce qui est nuisible à la société [...]; la loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont le droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation.

No tuvo lugar, pues, el sometimiento de la ley al control de los derechos sino que, al contrario, se produjo el control de legalidad de los derechos, cuya verdadera «Constitución» jurídicamente operante no fue la *Déclaration*, sino el *Code civil*, no en vano denominado con frecuencia la «Constitución de la burguesía» liberal.

Se comprende por ello que en Francia, y en los países que se remiten a los desarrollos constitucionales franceses, se haya atribuido históricamente a los jueces la posición de «servicio pasivo» a la ley. No se habría podido asignar a éstos ninguna tarea de equilibramiento del legislativo, porque ello habría presupuesto que fueran precisamente los jueces, y no el legislador, quienes pudiesen erigirse en defensores de los derechos. Derechos —es preciso añadir— que, contrariamente a la situación histórica constitucional de la época de la Revolución, para poder permitir a los jueces desarrollar esta tarea de contención de la omnipotencia parlamentaria deberían haber tenido un fundamento y una eficacia jurídica propia e independiente de la ley. Por qué razones político-constitucionales no se haya producido este desarrollo es una cuestión del máximo interés que aquí, sin embargo, debe ser dejada de lado.

Importa, en cambio, observar cómo se inserta en todo esto el control del *Tribunal de Cassation* sobre la legitimidad de las decisiones de las jurisdicciones de instancia. El *recours en cassation* para la anulación de sentencias operaba como tutela no de los derechos, sino de la ley, al objeto de

Scanned with CamScanner

impedir su «interpretación» y asegurar la prevalencia de la voluntad del legislador sobre la de los jueces. Al *Tribunal de Cassation*, «établi auprès du Corps législatif» (art. 19, cap. V Constitución de 1791), le estaba así reservada una auténtica tarea constitucional que no consistía, sin embargo, en asegurar la protección judicial de los derechos, sino en asegurar, frente a la interpretación de los jueces, la exclusividad del poder del legislador en materia de derechos.

6. *La primacía de los derechos sobre la ley en la Constitución americana*

El derecho constitucional europeo contemporáneo reconoce a los individuos un «patrimonio de derechos» originario, independiente y protegido frente a la ley. En este punto se separa de la concepción revolucionaria francesa y se aproxima a la tradición constitucional norteamericana.

La *Declaration of Rights* de Virginia de 1776 habla explícitamente de los derechos como «basis and foundation of Government» y la Declaración de independencia de ese mismo año contiene las famosas palabras que afirman:

> [...] these truth to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men.

Se producía así una auténtica «revolución copernicana», un cambio «de época» en el modo tradicional de entender las relaciones entre el Estado y los individuos consiste en la inversión de las relaciones usuales y en la fundamentación del primero sobre los derechos de los segundos, y no viceversa[28], como por el contrario había hecho hasta entonces toda la tradición del derecho público europeo. Una tradición que —como se ha visto— la Revolución francesa no había abandonado, sino que se había limitado a renovar sustituyendo el mandato monárquico por la ley.

La característica principal de las Declaraciones americanas es la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador. Los derechos eran un patrimonio subjetivo existente por sí mismo que debía mantenerse inalterado y protegido de todas las posibles amenazas, primero de las externas provenientes del Parlamento inglés y luego de las internas que hubiesen podido nacer de un legislador omnipotente.

En este sentido, es muy significativa la diferencia entre las dos «normas paralelas» contenidas en el art. 5 de la Declaración francesa de 1789 y en la IX Enmienda de la Constitución americana[29], ambas concernientes a la configuración de la posición de los individuos en las situaciones no reguladas por el derecho. Para la norma francesa, lo que existe es la libertad de hecho, mientras la ley no despliegue su capacidad reguladora; para la americana,

existen auténticos derechos que excluyen restricciones legislativas y regulaciones administrativas.

La diferencia entre las declaraciones norteamericana y francesa deriva de la circunstancia histórica de que en aquélla los derechos se consideraban no una obra del legislador, sino una realidad a preservar de los riesgos que habrían podido surgir si se hubiese adoptado una cláusula como la *sovereignity of the Parliament* o el *rule of law* inglés, tal y como se había venido configurando al final del siglo XVIII. Los derechos eran la garantía del *statu quo* y podían concebirse esencialmente como una pretensión de abstención, es decir, como una limitación a la ley[30].

Para la concepción americana, los derechos son anteriores tanto a la Constitución como al gobierno (o, según un modo de expresarse más usual entre nosotros, al Estado). Según la famosa argumentación «circular» del *Federalist* de ascendencia lockeana (derechos naturales de los ciudadanos, soberanía popular, delegación en los gobernantes del poder necesario para la protección de los derechos), las Cartas constitucionales eran el acto mediante el cual el pueblo soberano delegaba libremente en los gobernantes. El poder de éstos se basaba en esa delegación y, naturalmente, debía permanecer dentro de los límites marcados por ella, más allá de los cuales se produciría la absoluta nulidad jurídica de sus actos:

> No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce es nulo (*void*). Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben[31].

Los derechos, por cuanto patrimonio subjetivo independiente, constituían a los individuos en sujetos activos originarios y soberanos y de este modo hacían posible el acto de delegación constitucional, fundando el *Government* y, en él, el poder legislativo. La ley, cabe decir, derivaba de los derechos, justamente lo contrario de lo que sucedía en Francia, donde eran los derechos los que derivaban de la ley. Aquí, la soberanía de la ley; allí, la soberanía de los derechos.

En las concepciones europeas, el poder legislativo siempre es visto como una fuerza originaria que emana directamente del soberano (es irrelevante a este propósito que se trate de un rey por derecho divino, un cuerpo que personifica a la «nación» o una asamblea popular); para la concepción americana, en cambio, la legislación no está animada por una fuerza originaria, habilitada para querer en nombre propio, sino que es concebida como poder derivado, esto es, delegado.

En este carácter derivado de la ley estaba implícito su límite, porque en el acto de delegación no se contenía, ni explícita ni implícitamente, ninguna

Scanned with CamScanner

autorización para actuar contra los derechos de los delegantes, es decir, para contradecir las bases mismas del acto de delegación. Por lo demás, una eventualidad de este tipo habría sido inconcebible, como si alguien nombrase un custodio de sus derechos e implícitamente le permitiera destruirlos. Esto significaba simplemente que el legislativo, por cuanto poder delegado —igual que el ejecutivo y el judicial— no habría podido operar legítimamente como poder independiente de la delegación constitucional recibida y que, si lo hubiera hecho, se habría transformado en poder despótico[32]. En América no se habría podido aplicar la teoría francesa del legislador como asamblea representativa de una colectiva «voluntad nacional» o de la voluntad del pueblo concebido como «cuerpo político» unitario.

Desde este punto de vista, sólo aparentemente podía resultar paradójica la opinión de quienes consideraban la proclamación constitucional de los derechos totalmente superflua, si no incluso contradictoria y contraproducente. Lo que es verdaderamente fundamental, en efecto, no necesita ser enunciado. Si el principio fundamental sobre el que la Constitución se asienta es la preexistencia de los derechos, su enunciación pierde significado, significado que sería, en cambio, importante allí donde operase el principio fundamental opuesto: la preexistencia del poder con el que se haya de pactar para arrancarle concesiones o «derechos» en el sentido antiguo[33]. Dadas las premisas constitucionales americanas, la declaración de los concretos derechos podría haber llegado a tener importancia no por la garantía de los mismos, sino, al contrario, porque a través de distintas cláusulas podría haber dejado entrever la autorización para introducir límites y habría abierto así la posibilidad de peligrosas intervenciones[34].

La famosa argumentación de A. Hamilton contra esta proclamación era, en este sentido, convincente[35]. Tras recordar que en Inglaterra los derechos operaban como pretensión limitadora de los poderes del rey, con quien los súbditos establecían algo parecido a los contratos, afirmaba:

> Estrictamente hablando, el pueblo no abandona nada en este caso, y como lo retiene todo, no necesita reservarse ningún derecho en particular. «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, con el objeto de asegurar los beneficios de la libertad a nosotros mismos y a nuestros descendientes, estatuimos y sancionamos esta Constitución para los Estados Unidos de América». Aquí tenemos un reconocimiento de los derechos populares superiores a varios volúmenes de esos aforismos que constituyen la distinción principal de las declaraciones de derechos de varios de nuestros Estados, y que sonarían mucho mejor en un tratado de ética que en la constitución de un gobierno. [...] Voy más lejos y afirmo que las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la Constitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan. ¿Con qué objeto declarar que no se harán cosas que no se está autorizado a efectuar? Por ejemplo: ¿para qué se afirmaría que la libertad de la prensa no sufrirá menoscabo, si no se confiere el poder de imponerle restriciones? No es que sostenga que una disposición de esa clase atribuiría facultades de reglamentación; pero es evidente que suministraría a los hombres con tendencias usurpadoras, una excusa atendible para reclamar ese poder. Podrían argumentar con cierta apariencia de razón que no se debe imputar a la Constitución el absurdo de precaverse contra el abuso de una potestad que no existe y que la disposición que prohíbe limitar la libertad de la prensa autoriza claramente a inferir la intención de dotar al gobierno nacional de la facultad de prescribir normas apropiadas en el caso de dicha libertad. Esto puede servir de ejemplo de los numerosos asideros que se ofrecerían a la doctrina de los poderes de interpretación si se transige con este imprudente celo en favor de las declaraciones de derechos.

Derivaba de todo esto una actitud de cautela ante la ley, a diferencia de lo que sucedía en la Francia revolucionaria. Mientras allí de la ley siempre se esperaba un bien, aquí se veía un potencial mal que había que neutralizar. La concepción individualista de los derechos como patrimonio natural conducía a desconfiar de las asambleas omnipotentes, en las que se diluyen las conciencias individuales. La *balanced constitution* era el instrumento para frenar la natural ambición personal de los legisladores y crear un sistema de gobierno «republicano» (no «democrático»), favorable para el mantenimiento de los derechos mediante un sistema de *checks and balances*.

Desde la perspectiva del poder judicial, esta concepción de la ley venía ilustrada por la circunstancia —normalmente no puesta de relieve como su importancia requeriría[36]— de que el artículo III, sección 2, de la Constitución federal establece que «the judicial power shall extend to all Cases, *in Law and Equity*, arising under this Constitution». *Law and Equity*. La relación entre la concepción americana del derecho y la inglesa es muy discutida y probablemente muchas veces se analiza con «imágenes»[37] construidas *ex post* para alimentar la tesis de la continuidad o de la fractura histórica. En cualquier caso, no es difícil apreciar en esta fórmula compuesta una remisión a la paradójica situación de la Inglaterra de aquella época en la que se concebía la ley como la voluntad de la que dependían incluso los Tribunales de justicia, pero donde, ello no obstante, los jueces eran considerados guardianes de un derecho no producido exclusivamente por la voluntad positiva de la ley, es decir, de un derecho «en nombre de» las libertades inglesas. Como límite a la omnipotencia desordenada e irracional del legislador estaban los principios del *common law*, la ley de la razón, la equidad, en suma. Esta visión compuesta del derecho era característica de Inglaterra en la época en que el «moderno» *rule of law* aún no se había afirmado con la contundencia de la que cien años después hablaría A. V. Dicey[38]. Pues bien, dicha visión se hallaba en la base del constitucionalismo americano en su crítica al arbitrario comportamiento del parlamento inglés con Nueva Inglaterra en tiempos de Jorge III, si es que debemos interpretar[39] la Revolución americana como una oposición «medieval» a la «moderna» omnipotencia parlamentaria que comenzó a arraigar en Inglaterra con la Gloriosa Revolución de 1689.

Expuesta así, esta interpretación probablemente sea forzada, pues no puede obviarse la circunstancia crucial de que el constitucionalismo americano se basaba en un original fundamento que en Inglaterra no había arrai-

Scanned with CamScanner

gado ni siquiera tras la Gloriosa Revolución[40]: la soberanía popular, en la modalidad de soberanía de los derechos individuales. El *Common Law*, en efecto, presuponía una sociedad «antigua», tradicionalista y no racionalista (el racionalismo del *common sense* americano), clasista y no igualitaria. Ahora bien, también en la concepción americana latía una exigencia «antigua» cuando anteponía los derechos a la ley y para hacerlo invocaba a una concepción del derecho no exclusivamente «positiva». La *Equity* puede ser vista como el equivalente de ese magma difícilmente categorizable representado por el *Common Law*.

Este común rechazo de la unidimensionalidad legislativa del derecho confiere al juez anglosajón una posición que no tiene comparación con la posición «pasiva» característica de la tradición francesa.

En Inglaterra, la progresiva transformación del *rule of Law* en *Sovereignity of the Parliament* planteaba arduos problemas que requerían interpretación, análisis y capacidad argumentativa al objeto de «insertar» la voluntad positiva del legislador en el contexto más general del *Common Law*[41]. En cualquier caso, sin embargo, la autonomía de los tribunales estaba destinada a disminuir en proporción directa al fortalecimiento de la soberanía parlamentaria.

En América, por el contrario, el poder judicial encontraba las bases de su expansión en aquello que faltaba en Inglaterra: una *higher Law*, la Constitución, en la que los derechos se conciben como realidad presupuesta para el derecho legislativo. Acudiendo a este inagotable *thesaurus*, los jueces pueden continuamente pertrecharse de argumentos constitucionales que no pueden ser contradichos por un legislador cuya autoridad está subordinada a los derechos. Cuál haya sido la contribución de los jueces estadounidenses a la creación de un derecho constitucional jurisprudencial, más importante incluso que el que está escrito en la Constitución federal, es algo en lo que no procede entrar aquí.

7. *La ambivalencia de la concepción constitucional europea de los derechos*

Resumiendo: al menos en su origen, las concepciones francesa y americana de los derechos estaban profundamente distanciadas. Estatalista, objetivista y legislativa, la primera; preestatalista, subjetivista y jurisdiccional, la segunda.

La actual concepción constitucional europea de los derechos se sitúa, por así decirlo, en medio de ambas. Aunque se separa de la idea francesa del fundamento jurídico exclusivo en la ley, no llega, sin embargo, a negar a ésta un fundamento autónomo propio, una función «política» propia vinculada a fines independientes de los derechos. Tanto la ley como los derechos tienen su propia (no necesariamente la misma) dignidad constitucional. Rechazando, en efecto, una fundamentación iusnaturalista de los derechos (lo que no implica desvalorizar la contribución del derecho natural a las

formulaciones constitucionales de los derechos), en el derecho actual éstos adquieren valor jurídico positivo sólo con la Constitución, que instituye también el poder legislativo. Desde un punto de vista general, esta doble e independiente fundamentación constitucional de los derechos y de la ley supone dotar a la dinámica espontánea de la sociedad de una fuerza reguladora desde arriba, propiamente estatal, que entra en concurrencia con los derechos. Naturalmente, en caso de conflicto prevalecen los derechos. Pero lo que se acaba de decir muestra que existe un ámbito de funciones legislativas propias del Estado, un ámbito que está fundado sobre la naturaleza política de este último y que no depende de los derechos de naturaleza individual.

Puede afirmarse, por tanto, que en Europa se mantiene una concepción del Estado, en cuanto se manifiesta a través de la ley, como sujeto dotado originariamente de poderes propios, ontológicamente distintos de los derechos de los individuos. No cabe decir que la ley se admita sólo en función de los derechos individuales, porque puede estar legítimamente animada por intereses públicos que no sean simplemente la traducción legislativa de los derechos individuales. En algunos casos, y de modo particularmente acusado en las Constituciones que contienen normas programáticas o *Staatszielbestimmungen*, la persecución de estos objetivos incluso viene impuesta constitucionalmente.

En la actual época de la democracia, además, el Estado, y en particular el Estado-legislador, es también, a su vez, expresión de un orden de derechos, los derechos políticos, intrínsecamente diferentes de los que se orientan a la persecución de intereses individuales. Estos derechos sirven para mover a la participación de los ciudadanos en la común determinación de la dirección política de la vida colectiva, y no son simplemente expresión de derechos en la dimensión individual. De este modo, el postulado del derecho público europeo, la «politicidad» de la ley, irreductible a simple suma o equilibrio de intereses individuales, se mantiene y encuentra una ulterior razón de ser en la democracia.

A la vista de estas consideraciones, probablemente deba establecerse para el derecho constitucional europeo un significado distinto al americano en lo referente a aquel «cambio de época» en la relación entre los derechos de los particulares y el poder del Estado de la que se ha hablado a propósito del constitucionalismo americano[42]. Es verdad que hoy ya no sería posible una fundamentación de la relación política sobre la base de un Estado que exija a los particulares obediencia incondicionada y es asimismo cierto que dicha fundamentación debe desarrollarse desde abajo, a partir de los individuos que prometen obediencia a cambio de la seguridad de sus derechos. Pero son dos las categorías de derechos que resultan relevantes: los derechos individuales y los derechos políticos. De los primeros deriva la pretensión de protección de una esfera de vida puramente individual; de los segundos, en cambio, deriva la pretensión de participar en la determinación del Estado y de sus actividades, en una perspectiva no ligada a la simple

Scanned with CamScanner

defensa y promoción de intereses individuales, sino esencialmente política. Así pues, forma también parte constitutiva de la legitimidad del Estado su establecimiento como fuerza efectiva capaz de dar salida a la dimensión política de individuos dotados de derechos. Sería, por ello, restrictiva, además de esencialmente extraña a la tradición del pensamiento constitucional europeo, una visión del Estado como simple servidor o instrumento técnico de la suma de derechos individuales.

En el contexto europeo, presentar los derechos individuales como fundamento absoluto de la vida colectiva aparecería, ciertamente, como una excesiva desvalorización de la ley y una hipertrofia de la jurisdicción, en detrimento de la libertad y espontaneidad de la vida propiamente política y de los derechos que son función de la misma[43]. Nótese que las Constituciones europeas actuales hablan de la democracia si no antes que de los derechos, al menos junto a ellos.

Por estos motivos, puede decirse que la relación ley-derechos que ha arraigado en las constituciones europeas actuales, en lo que se aleja de la francesa-revolucionaria, se acerca a la americana y, en lo que se aleja de la americana, se aproxima a la francesa-revolucionaria. Al reconocimiento de los derechos como patrimonio subjetivo individual, con la consiguiente importancia de la labor de los jueces en la actualización de dicho patrimonio, se suma el reconocimiento de la ley como instrumento de proyectos políticos y jurídicos objetivos. Las dos concepciones absolutas opuestas, la de los derechos (en América) y la de la ley (en Francia), deben ceder paso a concepciones que permitan un equilibrio entre las exigencias de los derechos y las de la ley o, dicho de otro modo, entre el poder de los jueces y el del legislador.

En Europa se mantiene, por tanto, la *summa divisio* entre lo que es propiamente político y lo que es propiamente individual. Por ello, pueden y deben delimitarse las dos «vertientes» del derecho de las que se ha hablado, vertientes que, al tener un fundamento claro e independiente, conviven necesariamente, sin que una deba subordinarse a la otra. Dos «vertientes», puede añadirse aún, que no son concebibles en estos términos ni en Francia, donde prevalece el aspecto de la ley (en el sentido de énfasis en la ley como instrumento para la afirmación de los derechos), ni en Estados Unidos, donde prevalece el de los derechos individuales (en el sentido de que la ley no puede ser distinta de lo que dicen los derechos).

La situación que ha derivado de ello es, por primera vez en la época moderna, una solución de equilibrio: la coexistencia de dos vertientes del derecho igualmente esenciales, una vertiente «subjetiva», exenta de las incursiones de la política, y una vertiente «objetiva», en la que las decisiones políticas tienen que desempeñar legítimamente su papel. También el «Estado de derecho» decimonónico había intentado algo parecido, pero sin conseguirlo: al final, su concepción de los derechos resultaba desequilibrada frente a la concepción meramente positivista del derecho que le era propia. Uno de los logros del derecho de nuestro siglo consiste, en cambio, en haber establecido las condiciones para poder realizar este equilibrio.

8. Excursus *sobre las concepciones del control de constitucionalidad de las leyes*

Las coordenadas que se han trazado permiten ilustrar algunos aspectos fundamentales de los distintos sistemas de justicia constitucional.

a) El control de constitucionalidad «de derecho objetivo»: Francia

De lo poco que se ha dicho sobre el significado «legislativo» de la proclamación de los derechos y sobre la función originaria de la ley, se pueden comprender las razones por las que en Francia se ha mantenido durante mucho tiempo el dogma de la omnipotencia de la asamblea parlamentaria y de la ley y por las que el «gobierno de los jueces» se considera la peor de las aberraciones constitucionales[44]. De ahí que sean igualmente claras las razones por las que, en Francia, el control de constitucionalidad de la ley sólo se ha desarrollado recientemente y como instrumento de tutela objetiva de la Constitución, más que como garantía de los derechos[45].

La reciente afirmación del *Conseil Constitutionnel* (decisión n.º 197 de 23 de agosto de 1985): «la loi votée n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution», es el punto de llegada de una evolución que ha menoscabado el absolutismo de la ley, sometiendo su validez a la condición del «principio de constitucionalidad»[46]. Por otra parte, la comprobación de esta condición es una cuestión que hace referencia al derecho, no a los derechos, y, en consecuencia, el *Conseil* ha sido justamente definido como el *régulateur de l'activité des pouvoirs publics*, aun cuando han sido notables sus esfuerzos (desde la admisión de la *Déclaration* de 1789 como parámetro de enjuiciamiento de la validez de las leyes) por transformarse en *protecteur des droits et des libertés*[47].

Ahora bien, la tutela de los derechos aparece como consecuencia de la conformidad de la ley con la Constitución; el procedimiento de control *a priori* se desarrolla como confrontación entre textos normativos, con independencia de su aplicación puntual a casos concretos, y, aunque haya habido aperturas a la exigencia de un juicio contradictorio, no contempla la representación de las razones de los titulares de los derechos frente a las razones de los «señores» de la ley. En el «estilo» de la doctrina francesa sigue prevaleciendo la idea de un derecho «de una sóla vertiente», un derecho como legislación (ordinaria o constitucional), y la ciencia del derecho es aún, de entre todas las tendencias existentes en los distintos países europeos, la más ligada a actitudes iuspositivistas de estricto «servicio» al derecho establecido. Al menos por ahora (debería añadirse): mientras no se logre introducir un sistema de recurso judicial ante el *Conseil Constitutionnel* que sitúe en primer plano de la dinámica de la garantía constitucional la exigencia de protección de los derechos constitucionales individuales[48]. Una innovación semejante no dejaría de fomentar, tarde o temprano, importantes transformaciones no sólo en la práctica, sino también en la teoría del derecho.

Scanned with CamScanner

b) El control de constitucionalidad de derecho subjetivo: Estados Unidos

En las antípodas se sitúa la lógica del sistema norteamericano, que se desarrolló desde el principio sobre la base de las exigencias de tutela judicial inmediata de los derechos fundados en la Constitución. La tutela de estos derechos, y no otra cosa, constituye la razón esencial de ese sistema de justicia constitucional, en el que el control de la ley, al menos desde el punto de vista conceptual, tiene lugar *per incidens* en procedimientos judiciales sobre controversias que afectan de manera concreta a los derechos de las partes y en los que las razones del legislador no encuentran ningún espacio de defensa autónoma. El «estilo» de la ciencia del derecho, al contrario que en Francia, se basa en la apreciación de las razones de los derechos tal y como aparecen reflejados en los casos concretos, según un método casuístico que no se deja atrapar por las pretensiones «planificadoras» generales y abstractas del derecho europeo. Más que al servicio del derecho objetivo, la ciencia del derecho se pone al servicio de los derechos subjetivos.

c) El privilegio del legislador en los sistemas europeos distintos del francés

Aparte de Francia, que en este punto se sigue a sí misma, el control de constitucionalidad de las leyes en Europa está organizado para garantizar un equilibrio entre las exigencias del legislador y las exigencias de los derechos. Excluyendo el *judicial review of legislation* americano, desarrollado de forma «difusa» por todos los jueces en el ámbito de su jurisdicción normal sobre los derechos individuales, se ha querido crear un sistema especial que evitase desembocar en la *judicial supremacy*, lo que hubiese sido como afirmar la supremacía, a través de la jurisdicción, de los derechos sobre la ley. El control de constitucionalidad reservado a órganos *ad hoc* separados de la jurisdicción ordinaria, es decir, la llamada *Verfassungsgerichtsbarkeit* o jurisdicción constitucional, está destinado a atender a las exigencias de la ley y del legislador junto a las de los titulares de los derechos constitucionales. A este respecto, se ha hablado —a diferencia del sistema americano— de *privilegio del legislador*[49], una expresión que indica, sobre todo, que el legislador tiene su propio juez, que actúa a través de procedimientos particulares y está formado por personal no exclusivamente judicial, capacitado para tener debidamente en cuenta, junto a las exigencias de los derechos, las exigencias propiamente políticas expresadas en la ley. Puede observarse aquí un paralelismo con las razones históricas que determinaron el surgimiento de otra «justicia especial», la justicia administrativa. Así como entonces se quiso un juez *de la* administración, ahora se quiere un juez *del* legislador (fórmulas que en su conjunto expresan ambiguamente tanto un objeto como una pertenencia). No hay nada de todo esto en el sistema americano, que no conoce tratamientos privilegiados para el legislador.

d) Nulidad o anulabilidad de la ley inconstitucional

El «privilegio del legislador» también se manifiesta a propósito de la eficacia de la ley inconstitucional. Dado su carácter *a priori*, el sistema francés no ofrece problemas, puesto que está orientado a excluir en línea de principio que pueda entrar en vigor una ley inconstitucional. Las cosas cambian si, por el contrario, el control es *a posteriori* (pudiendo existir una ley vigente pero inconstitucional) y opera el «privilegio del legislador». En ese caso, se dice, la ley es vinculante para todos y, por consiguiente, su eficacia queda preservada de los ataques que pueda sufrir en nombre de la Constitución hasta que no se haya pronunciado el Tribunal o Corte constitucional. No es nula, sino anulable, y mientras no sea anulada es eficaz.

Esto supone una garantía frente a la posibilidad de que alguien pueda poner en cuestión su eficacia en cualquier momento. Esta posibilidad, que existe al menos en línea de principio en el sistema del *Judicial Review*, se ha considerado «anárquica», por cuanto destructora de la autoridad del Estado expresada mediante la ley. Exigir en general, como condición previa de la operatividad de una ley, la justificación de su validez significa destruir su fuerza. La autoridad legislativa tiene derecho a la exigibilidad de sus actos sobre la base de su presunción de legitimidad. Sólo tras el pronunciamiento judicial que establezca su invalidez puede desaparecer aquella presunción y, con ella, su fuerza obligatoria[50].

e) La responsabilidad por la ejecución de la ley inconstitucional

De la existencia o no del privilegio del legislador depende incluso la distinta posición de quienes hayan violado derechos de terceros al aplicar leyes inconstitucionales. En Estados Unidos, al menos durante todo el siglo XIX, la regla era la responsabilidad plena y directa de los *public officiers*, si bien hoy dicha regla está siendo progresivamente limitada por obvias exigencias de funcionalidad en una administración con un número creciente de tareas. El acto contrario a la Constitución, aunque fuese conforme a la ley, era, en línea de principio, imputable al sujeto como individuo, y de ahí que éste asumiera la responsabilidad por violación de los derechos de terceros. El fundamento de este principio, ciertamente extraño a la mentalidad europeo-continental, residía en la constatación de que si existe violación de derechos el acto está, por definición, fuera de los límites de la delegación de poder recibida y, por consiguiente, debe entenderse como una mera actuación personal del agente. Éste no puede considerarse funcionario público y pretender por ello inmunidad[51]. En las últimas décadas, la jurisprudencia ha reducido notablemente las consecuencias aplicativas de este principio, pero permanece aún como el trasfondo general de los instrumentos jurisprudenciales utilizados para circunscribir su alcance en cada caso. En Francia el problema no existe, porque la ley que ha entrado en vigor es, por definición, válida y ni siquiera conceptualmente puede plantearse el problema de

Scanned with CamScanner

derechos subjetivos conculcados por actos de la administración conformes con una prescripción legislativa pero disconformes con la Constitución. En el resto de Estados europeos la situación es menos clara. Hay quien sostiene una posición que se aproxima a la francesa, sobre la base del concepto de «ejecutoriedad» de la ley en relación con la Administración, sujeta ciegamente a su observancia. Otros, sobre la base de la eficacia anulatoria de la declaración de inconstitucionalidad, que tiene efectos retroactivos, mantienen que la ley inconstitucional no tiene eficacia vinculante para la Administración, cuyos actos vendrán en todo caso anulados como consecuencia de la anulación de la ley inconstitucional sobre la que se basan. Pero nadie reconoce (aparte de los raros casos de leyes puramente aparentes, en los que debería reconocerse la existencia de una obligación de inaplicarlas) la posibilidad de que los terceros pidan resarcimiento a los funcionarios que hayan aplicado leyes inconstitucionales. La ley es ley y, aunque sea inconstitucional, su aplicación no «degrada» al funcionario a simple sujeto privado. Podría establecerse, si acaso, una responsabilidad del Estado, pero sólo en la medida en que una nueva ley interviniera para satisfacer a los damnificados.

f) Los límites del control de constitucionalidad de las leyes

Se da aquí una situación paradójica: en Europa —donde el proceso constitucional está construido sobre la doble exigencia de tomar en consideración no sólo los derechos, sino también el poder legislativo— no existe una cláusula de exención frente a la jurisdicción constitucional como la que, según la jurisprudencia norteamericana referente a las *justiciability doctrines*, protege las *political questions*[52]. Esto es así porque, en Europa, la jurisdicción constitucional nace propiamente como equilibrio entre *iura* y *leges* y, por tanto, no cabría concebir leyes que no entrasen en este equilibrio. Las leyes que pretendieran situarse al margen, en nombre de una incondicionada «razón de Estado», no serían nada distinto a la supervivencia de un absolutismo legislativo del tipo de aquel característico del Estado de derecho legislativo del siglo XIX. Por ello, las cuestiones de legitimidad constitucional de las leyes nunca pueden ser ajenas al control de constitucionalidad. Pueden ser infundadas cuando la ley respeta la Constitución o cuando falta la norma constitucional de referencia (es decir, en los casos de opciones legislativas constitucionalmente indiferentes). En cambio, en Estados Unidos, donde no se reserva al legislador ningún tratamiento específico en el control de las leyes, opera el principio de separación de poderes, lo que permite impedir exorbitancias «políticas» de los Tribunales, incluido el Tribunal supremo, en las cuestiones *inherently non-justiciable*. Esto no podría suceder en Europa, porque los Tribunales constitucionales son considerados generalmente al margen, o por encima, de la separación de poderes.

Pese a las diferencias de principio entre los distintos sistemas de control de constitucionalidad de las leyes, ha habido —como se sabe— importantes pasos de aproximación[53]. El Tribunal supremo de Estados Unidos es ahora

el juez especial de las grandes cuestiones de constitucionalidad, semejante a los Tribunales constitucionales europeos, y, de otra parte, la introducción del control de las leyes a través de cuestiones prejudiciales de constitucionalidad ha situado a los Tribunales constitucionales europeos en el circuito de la justicia ordinaria, con resultados asimilables en muchos aspectos a los del sistema estadounidense. Por otro lado, el propio sistema francés ha experimentado una espectacular evolución, todavía en curso, hacia una concepción «ordinaria» de la justicia constitucional. Ahora bien, las diferencias persisten y —como se ha tratado de mostrar— están vinculadas a la diferente relación entre ley y derechos originariamente instituida por la Constitución.

9. *El significado histórico de la constitucionalización europea de los derechos en la segunda posguerra*

Aunque no siempre con un significado perfectamente coincidente, es indudable que en la ciencia constitucional actual el lenguaje de los derechos ha tomado la delantera a cualquier otro lenguaje. Hasta tal punto es así que, para establecer una diferencia con el «Estado de derecho» decimonónico, hoy se habla a veces de «Estado de derechos». En el plano del derecho constitucional, este punto de llegada puede considerarse como la consecuencia de fenómenos más generales que sacuden completamente el campo de la experiencia política y ética contemporánea[54]. Lo que subyace es, ciertamente, el descrédito en que, en la segunda posguerra, cayó la idea hegeliana «total» del Estado como realidad en acto de la Idea ética objetiva «que se piensa y sabe a sí misma y lleva a cabo lo que sabe y en la medida en que lo sabe»[55]. El Estado «que sabe», con independencia e incluso contra lo que saben los seres humanos particulares, era el Estado al que debían atribuirse las responsabilidades por las tragedias de alcance mundial que se produjeron durante y entre las dos guerras. A los ojos de los supervivientes, era evidente que tanto el Estado nacional-burgués como el totalitario no sabían en realidad lo que hacían.

La ocasión para dar a los derechos un fundamento más sólido que el proporcionado por la ley estatal surgió con la reacción que se produjo, al término de la segunda guerra mundial, en aquellos Estados que se vieron en la necesidad de refundar las instituciones constitucionales después del totalitarismo fascista y nacionalsocialista. La misma necesidad que luego, en el período final de los últimos fascismos europeos en los años setenta, se manifestaría en la península ibérica y que hoy, tras el final de los regímenes comunistas, está presente en la renovación de las instituciones de los países de la Europa del Este. El tema de los derechos representa, así, un punto de encuentro en las transformaciones constitucionales que siguieron a la caída de los totalitarismos, tanto de derecha como de izquierda. Todos aquellos regímenes, de acuerdo con su naturaleza, tenían en común este punto de

Scanned with CamScanner

partida: denunciar, por engañosa, cualquier pretensión de que una vida individual tenga sentido separada de la totalidad del Estado y, por tanto, cualquier postulación de una esfera de derechos en sentido subjetivo capaz de concurrir con, y eventualmente limitar, la voluntad del Estado.

Por lo demás, el renacimiento de los derechos del hombre no representó, por lo general, la victoria del derecho natural sobre su adversario histórico, el positivismo jurídico. Y sin embargo es justamente esto lo que habría podido suceder si se tiene en cuenta que, también por lo general, al positivismo jurídico se le acusaba de haber proporcionado las premisas para la absolutización del poder del Estado, que había encontrado en el totalitarismo su más radical y terrible manifestación.

a) El iusnaturalismo subjetivista no gozaba entonces de ningún crédito[56]. Se le podía imputar un importante pecado de orgullo al haber querido fundamentar el derecho exclusivamente sobre las capacidades humanas: primero sobre la razón abstracta y luego, en el sueño de la razón, sobre la voluntad ocasional y vitalistamente determinada, por más que estuviese «aferrada» a símbolos o mitos «objetivos», revestidos también de ambiguos signos iusnaturalistas (la sangre, la patria, la raza, etc.) que, sin embargo, no hacían más que disimular a duras penas la desenfrenada fuerza de la voluntad. Las aberraciones de los totalitarismos, por tanto, no aparecían sólo como un fallo del positivismo, sino también del iusnaturalismo subjetivista[57]. En efecto, ¿acaso no podían aparecer «naturales» incluso los campos de exterminio a los ojos de una visión depravada de la «naturaleza» humana? No es, por ello, incomprensible que el lema de bienvenida al campo de Buchenwald fuese la máxima más «natural» de la justicia distributiva: «Jedem das Seine» (A cada uno lo suyo)[58].

Este germen de corrupción no había sido advertido al principio, porque —más allá del eventual contraste de contenidos— el derecho natural subjetivista compartía con su antagonista, el derecho natural ligado a una revelación, el presupuesto de un orden objetivo desde el que sería posible alcanzar la certeza. Ahora bien, ya en su origen —la atribución a la razón humana del poder de arbitraje sobre la verdad y la falsedad de todas las visiones racionales del mundo— estaba *in nuce* su desarrollo. La razón se presentaba como simple «reflejo» de un mundo exterior racional y en tal posición reflexiva basaba su título de legitimidad. Sin embargo, ante la opinabilidad de las conclusiones y ante su variedad y mutabilidad, la razón terminaba por convertirse en fuerza creadora subjetiva y por sustituir un orden dado por un orden solamente pensado. Y, al contrario que el orden dado, que puede aparecer como verdadero, justo y, por ello, obligatorio —como postula todo auténtico iusnaturalismo—, el orden puramente pensado resultaba al final, en el caos de las opiniones, meramente querido, como postula todo verdadero iuspositivismo.

Se mantenía la tensión, típica del iusnaturalismo, entre el deber ser, el mundo de los valores, y el ser, el mundo de la realidad, y esto desataba el

conflicto entre grandes fuerzas empeñadas en resolver, cada una a su modo, aquella tensión. Contra todo pronóstico, el mundo, en lugar de racionalidad objetiva, comenzaba a ser el campo de batalla de ejércitos contrapuestos, aunque unidos en la misma fe y en la misma voluntad: dar al mundo la forma que cada uno —en su soberano juicio— estimaba correcta. En la escena mundial aparecía así en primer plano, como dato público, la pluralidad de voluntades que pugnaban por llevar a cabo el propio proyecto verdadero, justo y obligatorio, mientras que las razones del desacuerdo quedaban relegadas simplemente en la esfera de lo particular, relevante sólo para cada una de ellas, individualmente considerada.

El hecho de que las fuerzas en pugna fuesen cada una por su propio camino y el abandono de un terreno común de valores y principios objetivos condujeron, al final, a la tragedia mundial. Por eso, proponer de nuevo un derecho natural de matriz racionalista y subjetivista no habría tenido éxito, pues al final chocaba con las mismas objeciones históricas que condenaban el positivismo jurídico[59].

b) Pero tampoco la otra versión del iusnaturalismo, la cristiano-católica, que en la segunda posguerra conoció un nuevo «renacimiento»[60], podía aspirar a una auténtica afirmación integral en sus términos clásicos, es decir tomistas. Es verdad que, frente al arbitrio ínsito a todo artificio humano, su asunción de un orden «dado» del universo —en el que la posición del hombre viene prefijada por la creación, acatada como verdadera y buena y, por tanto, obligatoria— ha dejado huellas importantes. Precisamente, las nociones de dignidad humana[61] y persona humana[62] —nociones que no pertenecen a la tradición del iusnaturalismo racionalista, sino a la del iusnaturalismo cristiano-católico—, que se encuentran enunciadas en muchas constituciones y en varias declaraciones internacionales de derechos[63] a modo de eje sobre el que gira toda la concepción actual del derecho y de los derechos, expresan un concepto objetivo derivado de una determinada visión del hombre y de su «posición» en el mundo. Las huellas de esta presencia, sin embargo, no traducen una victoria total. Tales nociones constituyen, si acaso, una contribución particular en un proyecto político-constitucional más amplio.

En la reacción contra el positivismo jurídico no se hubiera podido pasar totalmente a la otra parte. Lo habría impedido otro gran e irrenunciable componente del constitucionalismo actual: la democracia, que impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción «natural» del derecho.

En efecto, todo régimen democrático, basado en la regla de la mayoría, introduce en el mundo del derecho un elemento de artificiosidad. El derecho, producto de la voluntad mayoritaria, no se puede predeterminar en sus contenidos, como no se pueden predeterminar las mayorías que lo producen, sino que es expresión de imprevisibles y no predeterminables «orientaciones políticas»[64], y para determinar estas orientaciones o para participar en ellas se desarrolla la lucha entre las partes políticas conforme a estructu-

Scanned with CamScanner

ras previstas *ad hoc* por la Constitución. El derecho natural, por cuanto afirmación de un orden que se presenta como justo e incontrovertible, no sería compatible con la democracia en su sentido actual, que está, por el contrario, ligada a la opinabilidad y al contraste entre proyectos, esto es, a la «relatividad»[65].

Por lo demás, la experiencia de las democracias sociales de la primera posguerra (empezando por la Alemania weimariana) demostraba que, en vista de políticas reformadoras, la ley podía servir para afirmar determinados valores de justicia, es decir, determinadas concepciones de la sociedad. El principio de la mayoría se vincula así a la idea de la ley como modo de expresión de un fundamental derecho político de transformación social, que debe reconocerse a todas las posibles mayorías futuras. Un derecho cuyo ejercicio consiste, precisamente, en la puesta en juego de la democracia competitiva.

Cualquier afirmación de un orden dado, como postulado de la vida política social, habría significado el rechazo de la democracia. Habría sido una posición ciegamente conservadora. Por motivos opuestos a los del iusnaturalismo racionalista (allí, el exceso de subjetivismo; aquí, el exceso de objetivismo), tampoco el iusnaturalismo de matriz cristiano-católica podía proporcionar, por sí sólo, respuesta a la exigencia de fundamentación de un nuevo orden político basado en los derechos políticos democráticos.

Con todo, se consideraba indispensable un anclaje en algo objetivo, en algo más fuerte que las razones y las voluntades políticas que se fuesen afirmando en el transcurso del tiempo. Para ello el derecho debía recuperar algo de indiscutible, algo que pudiera tomarse como punto de partida, «natural» y no controvertido, de cualquier orden social y político, y del que nadie pudiese separarse. La tranquilidad de los particulares y su participación leal y sin reservas mentales en la vida colectiva dependían de esta seguridad.

La solución al problema consistió en la constitucionalización de los derechos: una solución que se aparta tanto de la tradición estatalista del Estado de derecho decimonónico, como de las distintas tradiciones que se comprenden bajo el nombre de iusnaturalismo, no obstante presentar aspectos de ambas. En el sentido que después se dirá, se trataba de una superación[66]. En qué haya consistido ésta, desde el punto de vista del desarrollo del derecho constitucional y de sus técnicas, es algo en lo que entraremos más adelante. Ahora, en cambio, es preciso detenerse en un aspecto crucial de esta constitucionalización, a la que muchas veces no se presta la atención que merece, relacionado con la confluencia de dos tradiciones sobre los derechos que, por lo que respecta a su función, son distintas y no siempre fácilmente conciliables. En síntesis: los derechos orientados a la libertad y los derechos orientados a la justicia.

NOTAS

1. Se entiende que se habla aquí de los derechos que conciernen al hombre como tal, no al hombre en cuanto entabla relaciones jurídicas particulares con otros hombres, como por ejemplo relaciones contractuales. En el primer caso se puede hablar de «derechos absolutos» y en el segundo de «derechos relativos». Los derechos de los que se ocupa el derecho constitucional son principalmente del primer tipo; los del segundo tipo son sobre todo objeto del derecho civil. Por lo demás, puede decirse que la estructura de los derechos constitucionales nace del derecho civil cuando, con el racionalismo igualitario, se emprende la labor de una configuración unitaria, general y abstracta de la «personalidad jurídica» de los sujetos con capacidad de obrar en el ámbito del derecho civil. En efecto, con el derecho civil moderno, enemigo de los *status* diferenciados propios del *Ancien Régime*, cada individuo posee una serie de «derechos absolutos» (la vida, la integridad e inviolabilidad de la persona, la libertad, el honor, el nombre, etc.) que constituyen la base de las relaciones jurídicas concretas, sobre todo de las contractuales. Los derechos del hombre de los que habla el derecho constitucional son su extensión a un contexto más amplio, que hace referencia en general a la posición jurídica del particular en el ámbito del Estado (desde hace tiempo está en marcha una extensión ulterior de los derechos hacia un horizonte internacional). A este respecto, H. Coing, «Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"», en H. Coing - F. H. Lawson - K. Grönfors, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Metzner, Frankfurt a. M., Berlin, 1959, pp. 7 ss.

2. El primer intento de fundamentar los derechos en la esfera de las relaciones entre los individuos y el Estado es de C. F. Gerber («Über öffentliche Rechte» [1852], trad. it. «Sui diritti pubblici», en Id., *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 5 ss.), en el marco de una visión fuertemente estatalista donde la garantía del particular venía a ser, al final, consecuencia de «una dominación estatal basada en la justicia y en la sabia moderación» (*Ibid.*, pp. 65-66). El intento más depurado de construir una categoría de derechos frente al Estado, compatible con la omnipotencia de su voluntad legisladora, es obra de G. Jellinek, *System der öffentlichen Rechte* (1892), trad. it. de la 2.ª ed. (1905), *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Società Editrice Libraria, Milano, 1912. Una reconstrucción desarrollada de la categoría de los derechos públicos subjetivos y de su significado histórico en A. Baldassarre, «Diritti pubblici soggettivi», en *Enciclopedia giuridica*, vol. IX.

3. Al respecto, M. Dogliani, «Le ragioni della discontinuità tra la cultura giuspubblicistica pre- e post- costituzionale», en *La necessaria discontinuità. Immagini nel diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1990, p. 113. En el mismo volumen, también A. Orsi Battaglini, «"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica», pp. 11 ss.

4. Th. Hobbes, *Leviatán*, parte II, cap. XXIX, trad. de A. Escohotado, Nacional, Madrid, 1983.

5. G. Jellinek, *Sistema*, cit., p. 56.

6. *Supra*, pp. 27 ss.

7. G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*, G.Stilke, Berlin, ^{12}1930, sub art. 153, pp. 606 ss.

8. N. Bobbio, «Diritti dell'uomo e del cittadino nel secolo XIX in Europa», en G. Dilcher - R. Hoke - G. S. Pene Vidari - H. Winterberg (comps.), *Grundrechte im 19. Jahrhundert*, Lang, Frankfurt a. M., Bern, 1982, pp. 11 ss.

9. Al respecto, M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne* I, *La libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 101 ss.; y especialmente pp. 136 ss., donde, en el ámbito de una fundamentación «estatalista» de los derechos, como era la decimonónica, se pone en evidencia la imposibilidad de dar una solución de derecho positivo a la cuestión de su protección y, por tanto, a la de los límites del Estado. La hipótesis de la arbitrariedad del legislador podía ser «desdramatizada» mediante una visión típicamente historicista de la congruencia del Estado con el desarrollo histórico de la Nación, una visión que habría hecho que aquella hipótesis no fuese viable mientras, y en la medida en que el Estado y su legislación fueran expresión orgánica del desarrollo en sentido liberal de la historia nacional.

10. N. Bobbio, «Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes» (1954), ahora en *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 1989, p. 111, donde se establece la posición-clave del filósofo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico en los siguientes términos: «Thomas Hobbes pertenece, de hecho, a la historia del derecho natural; no hay tratado acerca de la historia del pensamiento jurídico y político que no mencione y examine su filosofía como una de las expresiones típicas de la corriente iusnaturalista. Por otra parte, Hobbes pertenece, de derecho, a la historia del positivismo jurídico: su concepción de la ley y del Estado es una anticipación, en verdad sorprendente, de las teorías positivistas del siglo pasado».

11. F. Pierandrei, *I diritti soggettivi pubblici nella più recente evoluzione della dottrina germanica*, Giappichelli, Torino, 1940, pp. 124 ss.

Scanned with CamScanner

12. C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 67, nota 2.

13. Cf. *supra*, pp. 21 ss.

14. Un análisis de este pasaje histórico se encuentra en el escrito de elocuente título *Lo Stato moderno e la sua crisi*, de S. Romano (1920), ahora en *Scriti minori* I, Giuffrè, Milano, 1950, pp. 311 ss. (del que se extrae la expresión del texto). Romano y los que, como él, lamentaban la crisis del Estado, hablaban naturalmente del Estado como impersonal sujeto soberano, tal y como se había ido configurando durante toda la época moderna hasta su versión de Estado liberal de derecho del siglo XIX. Sin embargo, esto no suponía necesariamente una autorización de la ciencia constitucional de entonces a una salida autoritaria de la crisis. En efecto, quedaba abierta la otra solución opuesta consistente en la reanimación democrática del Estado, como resulta de la denuncia de la insuficiente representatividad de las estructuras constitucionales o de la «deficiencia de los medios jurídicos e institucionales que la sociedad posee para proyectar y hacer valer su estructura en la del Estado» (S. Romano, *Lo Stato moderno*, cit., p. 323). No hubiera resultado imposible, en aras de una interpretación democrática de la crisis, buscar una salida «hacia adelante» en lugar de «hacia atrás», como fue la que después prevaleció con la aprobación, preciso es decirlo, de la gran mayoría de la ciencia jurídico-constitucional.

15. S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 316.

16. *Elementos de Derecho natural y político* (1650), trad. con prólogo y notas de D. Negro Pavón, CEC, Madrid, 1979, p. 364. Análogamente, en un contexto mucho más complejo por la referencia al *Law of Nature*, en *Leviatán*, parte II, cap. XXVI, *in fine*: «I find the words *Lex civilis*, and *Jus civile*, that is to say, *Law* and *Right Civil*, promiscuously used for the same thing, even in the most learned Authors; which neverthelesse ought not to be so. For *Right* is *Liberty*, namely that Liberty which the Civil Law leaves us: But *Civil Law* is an Obligation; and takes from us the Liberty which the Law of Nature gave us. Nature gave a Right to every man to secure himself by his own strength, and to invade a suspected neighbour, by way of prevention; but the Civil Law takes away that Liberty, in all cases were the protection of the Law may be safely sayd for. Insomuch as *Lex* and *Jus*, are as different as *Obligation* and *Liberty*».

17. Contrariamente a cuanto pretendían, por el contrario, los *Common Lawyers* (el primero entre todos, Edward Coke, contra el que va dirigido el *Diálogo entre un filósofo y un estudioso del derecho común de Inglaterra*, de 1669), cuyo proyecto consistía en la limitación del poder soberano mediante la contraposición de derechos autónomos con fundamento en las leyes comunes y en las leyes naturales, transmitidos a través de la costumbre y elaborados por los tribunales de justicia. Era éste un intento de dar a los derechos una fundamentación de tipo tradicional, según la tipología elaborada por M. Fioravanti (*Appunti*, cit.).

18. Sobre la dificultad de comprensión de la fórmula en el contexto continental de impronta positivista, N. Bobbio, *El tiempo de los derechos* (1990), trad. de R. de Asís, con prólogo de G. Peces-Barba, Sistema, Madrid, 1991.

19. Una reconstrucción bastante profunda de los distintos significados de las declaraciones de derechos, de su relación con la ley y de la función de los jueces en el ámbito americano y en el francés, en B. Clavero, «Lo spazio dei diritti e la posizione del giudice tra Costituzione e codice»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (1989), pp. 95 ss.

20. H. Hofmann, «Zur Herkunft der Menschenrechtserklärung»: *Juristische Schulung* (1988), pp. 841 ss.; Id., «Die Grundrechte 1789-1849-1989»: *Neue Juristische Wochenschrift* (1989), p. 3177.

21. D. Grimm, «Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?» (1988), ahora en *Die Zukunft der Verfassung*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, pp. 221 ss. y G. Floridia, *La costituzione dei moderni* I. *Dal Medioevo inglese al 1791*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 134 ss.

22. Sobre la relación *Déclaration-Code*, D. Grimm, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung», en H. Coing (coord.), *Handbuch der Quellen*, cit., pp. 23 ss.

23. Que esta propensión a la universalidad de los contenidos era connatural a la ideología racionalista del código viene confirmado por la estructura del coetáneo *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, de 1794, un «código» a caballo entre la época antigua y la nueva (G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna* I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 493 ss.).

24. La relación de continuidad entre la legislación napoleónica y la tradición anterior a la Revolución, en el sector de la Administración pública, es subrayada —en contra de la idea común del origen napoleónico del derecho administrativo— por J. L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, Paris, 1985, sobre todo en la Introducción.

25. Declaración de 1789, art. 2: «Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propiété, la sûreté et la

résistance à l'oppression»; Declaración de 1793, art. 33: «La résistance à l'oppression est la conséquence des autres Droits de l'homme».

26. Declaración de 1793, art. 33: «Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plues sacrá des droits et le plus indispensable des devoirs».

27. L. Jaume, «Préface aux droits de l'homme», en *Les déclarations des droits de l'homme (1789-1793-1848-1946)*, Flammarion, Paris, 1989, p. 60.

28. N. Bobbio, «I diritti dell'uomo, oggi», en *Nuova antologia*, 1991, pp. 83 ss. y 87, donde se dice: «Aunque creo que hay que ser muy cautos en el descubrimiento de virajes, saltos cualitativos, cambios de época en cada estación, no dudo en afirmar que, en lo concerniente a la concepción de la relación política, la proclamación de los derechos del hombre ha partido en dos el curso histórico de la humanidad».

29. El artículo 5 de la Declaración afirma: «La Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisible à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas». En el mismo sentido, pero con referencia no a simples libertades de hecho anteriores a la ley y restringibles eventualmente por ésta, sino a verdaderos derechos presupuestos y, por tanto, inalterables por la ley, reza la IX Enmienda de la Constitución americana contenida en el *Bill of Rights* de 1791: «The enumeration in the Constitution, of certains rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people», fórmula que sólo restrictivamente puede entenderse referida a los derechos protegidos por las Declaraciones adoptadas con anterioridad por los Estados de la Federación y que, en puridad, abarca todo el conjunto de derechos que se han ido concretando a lo largo de la historia de la jurisprudencia del *common law*.

30. Esta diferencia no es más que una consecuencia. Adoptando la célebre interpretación histórico-constitucional de H. Arendt, *Sobre la revolución* (1963), trad. de P. Bravo, Alianza, Madrid, 1988, y de C. McIlwain, *The American Revolution: a Constitutional Interpretation* (1923) (trad. it. *La Rivoluzione americana: una interpretazione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1965), se podría decir que la Revolución americana fue esencialmente una revolución jurídico-constitucional, mientras que la francesa fue una revolución social. Por usar la expresión de H. Arendt (*op. cit.*), la primera perseguía la libertad, la segunda la liberación. Al respecto, es básico N. Matteucci, *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1987.

31. *El federalista*, traducción y prólogo de G. R. Velasco, FCE, México, 1943, n.º 78 (Hamilton), p. 339.

32. T. Bonazzi, «Un "costituzionalismo" rivoluzionario. Il *demos basileus* e la nascita degli Stati Uniti»: *Filosofia politica* 2 (1991), pp. 282 ss.

33. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna* I, cit., pp. 561-562 y P. Comanducci, «La costituzionalizzazione americana: un capitolo della storia della cultura giuridica moderna»: *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2 (1987), p. 466.

34. H. Hofmann, «Menschenrechtliche Autonomieansprüche»: *Deutsche Juristenzeitung* 4 (1992), p. 165 e Id., «Il contenuto politico delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo», en *Filosofia politica*, cit., pp. 383 ss.

35. Nos referimos al n.º 84 de *El federalista*, cit., p. 376.

36. Véase, sin embargo, H. Arkes, «The "Reasoning Spirit" of the Constitution», en *Beyond the Constitution*, Princeton University Press, 1990, pp. 21 ss.

37. B. Clavero, «Lo spazio dei diritti», cit., p. 105.

38. *Supra*, cap. 2, nota 26.

39. De C. H. McIlwain, *The American Revolution: A Constitutional Interpretation*, cit. Sobre el particular, también para una comparación entre las dos grandes Revoluciones desde el punto de vista constitucional, M. Fioravanti, «Stato (storia)», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 744 ss.

40. T. Bonazzi, «Un "costituzionalismo" rivoluzionario», cit., p. 288, para la reconstrucción de la oposición Whig a la soberanía popular, al derecho de resistencia, a la omnipotencia parlamentaria.

41. Véanse las dificultades para conciliar la supremacía de la ley, es decir, el *Rule of Law* tal y como se había asentado en aquel entonces, con la subsistencia de un control de racionalidad o de equidad tradicional, en el capítulo II del tomo I de los famosos *Commentaries* de W. Blackstone (en la edición francesa, *Commentaires sur les lois anglaises*, traducción de la 15.ª edición, Paris, 1822, I, pp. 145 ss., sobre las condiciones de validez y sobre las necesidades interpretativas del derecho creado a través de los *Statutes*).

Scanned with CamScanner

42. *Supra*, p. 54 ss.

43. H. Hofmann, «Il contenuto politico...», cit., pp. 373 ss.

44. E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États Unis*, Giard, Paris, 1921.

45. Un tratamiento más desarrollado en G. Zagrebelsky, «Le contrôle de constitutionnalité des lois en France et en Italie: confrontation de certains de leurs aspects», en *Journées de la Société de législation comparé*, 1990, pp. 25 ss.

46. L. Favoreu - L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Sirey, Paris, [6]1991, pp. 650 ss.

47. J. Morange, «La protection des droits fondamentaux par le Conseil constitutionnel», *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, pp. 2551 ss.

48. N. Zanon, *L'exception d'inconstitutionnalité in Francia: una riforma difficile*, Giappichelli, Torino, 1990.

49. En una de las primeras decisiones del Tribunal constitucional federal alemán (*BVerfGE* I [1951], pp. 184 ss.). Sobre el carácter de protección para el legislador, propio del control «europeo» de constitucionalidad de las leyes, puede verse con más precisión Laconi, *Assemblea costituente*, *Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria*, I febbraio 1947 (vol. VI, pp. 292 ss. de la Edición de los Trabajos preparatorios de la Constitución, editado por la Cámara de los diputados, Roma, 1971).

50. Los argumentos usados para defender la ley son paralelos a los que en otro tiempo se usaron en favor de los actos de la administración. M. Hauriou (*Principes de droit public*, Sirey Paris, [2]1916, pp. 799 ss.) hablaba (contra las teorías «subversivas» de L. Duguit, que postulaba el sometimiento de la ley a la condición de su «indudable carácter jurídico») de la «obéissance préalable» («il s'agit de savoir de quel côté est le préalable, si c'est du côté de l'autorité qui commande ou si c'est du côté du sujet qui obéit; si le sujet avant d'obéir, peut soulever la question préalable de la légalité de l'ordre ou bien si, au contraire, il est obligé d'obéir avant de soulever la question de la légalité. Faire passer le préalable du côté de la légalité, c'est détruire l'obéissance préalable aux ordres du gouvernement, c'est détruire le droit propre du gouvernement. L'autorité souveraine... est celle qui n'a pas besoin d'avoir raison pour justifier ses actes»). Para expresar los mismos conceptos, C. Schmitt (*Legalität und Legitimität* [1932], ahora en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Duncker & Humblot, Berlin, [3]1985, p. 288) hablaba de «über-legale Prämie auf den legalen Besitz der legalen Macht», y en este «refuerzo supra-legal» se contenía uno de los rasgos de la soberanía.

51. G. Bognetti, *La responsabilità per Tort del funzionario e dello Stato nel diritto nordamericano*, Giuffrè, Milano, 1963, en especial, pp. 182 ss.

52. Para lo fundamental, J. E. Nowak - R. D. Rotunda - J. N. Young, *Constitutional Law*, West Publishing, St. Paul Minn., [3]1986, pp. 102 ss. y L. H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, [2]1988, pp. 96 ss.

53. Por todos, A. Pizzorusso, «I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi»: *Quaderni costituzionali* 3 (1982), pp. 521 ss.

54. N. Bobbio, *El tiempo de los derechos*, cit., donde los derechos se vinculan a la democracia, a la justicia y a la paz como aspectos de la tendencia del espíritu político actual. Análogamente, F. Fagiani («Etica e teorie dei diritti», en C. A. Viano [comp.], *Teorie etiche contemporanee*, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, p. 87), que reproduce (n.° I, p. 247) la observación de A. Buchanan: «Los futuros historiadores de la filosofía política y moral bien podrán etiquetar nuestro tiempo como el tiempo de los derechos».

55. G. W. Fr. Hegel, *Filosofía del Derecho*, § 257, trad. de E. Vasquez, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976.

56. No carece de sentido la ausencia, en aquellos años, de cualquier intento de refundación de una filosofía de la convivencia política sobre bases esencialmente racionales. Faltaba para ello la premisa necesaria, destruida por el «sueño de la razón» que había conducido a la gran tragedia. Los intentos de este tipo aparecerán más tarde, bajo la forma de recuperación del utilitarismo (como en las «teorías de los juegos» aplicadas a la política o en las concepciones «económicas» de la política) o de refundación en términos modernos del contractualismo iusnaturalista clásico (como, por ejemplo, en J. Rawls y en R. Nozick).

57. La imputación de las atrocidades del nazismo al positivismo y al subjetivismo jurídico se basaba en frágiles premisas. De los hechos no puede derivar la refutación de una teoría, salvo en presencia de condiciones completamente excepcionales que confieran a los primeros el valor de «experimento» de la segunda. No obstante, en el clima de la segunda posguerra, aquella imputación se hizo posible por lo

que se denominó la *reductio ad Hitlerum*, como forma históricamente fructífera de la *reductio ad absurdum* del positivismo y del subjetivismo en el derecho.

58. R. Dreier, *Recht und Gerechtigkeit*, cit., p. 13.

59. Sobre los «deslices» de la razón subjetiva aludidos en el texto, a favor del «relativismo», del «politicismo», del «historicismo» y del «nihilismo», L. Strauss, *Diritto naturale e storia*, cit.

60. Para una idea sobre la amplitud del fenómeno tras la segunda guerra mundial, véase, para Italia, Varios, *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma, 1951; G. Fassò, «Il diritto naturale in Italia negli ultimi dieci anni», en *Il diritto ecclesiastico*, 1955, pp. 358 ss., y, para Alemania, W. Maihofer (coord.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962. Los temas de este resurgimiento habían sido anticipados, desde una perspectiva antitotalitaria, por H. Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (1936), trad. it. *L'eterno ritorno del diritto naturale*, Studium, Roma, 1965, en especial pp. 113 ss.

61. La primera expresión del artículo primero de la Constitución alemana actual es, precisamente, la «dignidad humana»: «Die Würde des Menschen ist unantastbar». Análoga expresión abre, en el art. 10, la declaración de derechos de la Constitución española vigente.

62. Véase, por ejemplo, el art. 2 de la Constitución italiana.

63. Como ejemplo, el Preámbulo del Estatuto de las Naciones Unidas (1945) reafirma «la confianza en los derechos fundamentales del hombre, en el valor y en la dignidad de la persona» y el art.1 de la Declaración universal de los derechos del hombre (1948) manifiesta que «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Están dotados de razón y conciencia y deben actuar recíprocamente en espíritu de fraternidad».

64. Esta noción [*indirizzi politici*, en el texto italiano], que expresa la concepción del Estado como medio para alcanzar un fin que le viene impuesto desde fuera, precisamente desde la orientación política, es capital para comprender el derecho constitucional de la época actual, donde el Estado como tal no tiene una orientación, sino que debe serle dada. Puede decirse que se trata de una noción típica de la inestabilidad del Estado, es decir, del Estado que ya no es causa y fin de sí mismo. Dicha noción se conecta a la de función de gobierno, elaborada en Francia al final del siglo pasado como función con sentido propio, aunque concretada por las otras tres funciones clásicas del Estado. Los términos del debate en R. Smend, «Les actes de gouvernement en Allemagne», en *Annuaire de l'Institut international de droit public* II, Paris, 1931, pp. 192 ss. Para los desarrollos más específicamente italianos, M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli, 1985.

65. H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) y *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics* (1948), trad. castellana de ambos trabajos: el primero, traducido por R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, con nota preliminar de I. de Otto, *Esencia y valor de la democracia*, Labor, Barcelona, 1977; el segundo, traducido por A. Calsamiglia, está contenido en el volumen *¿Qué es justicia?*, que incorpora un estudio preliminar del traductor, Barcelona, Ariel, 1991.

66. F. Pierandrei, *I diritti subbiettivi pubblici*, cit., p. 122.

Scanned with CamScanner